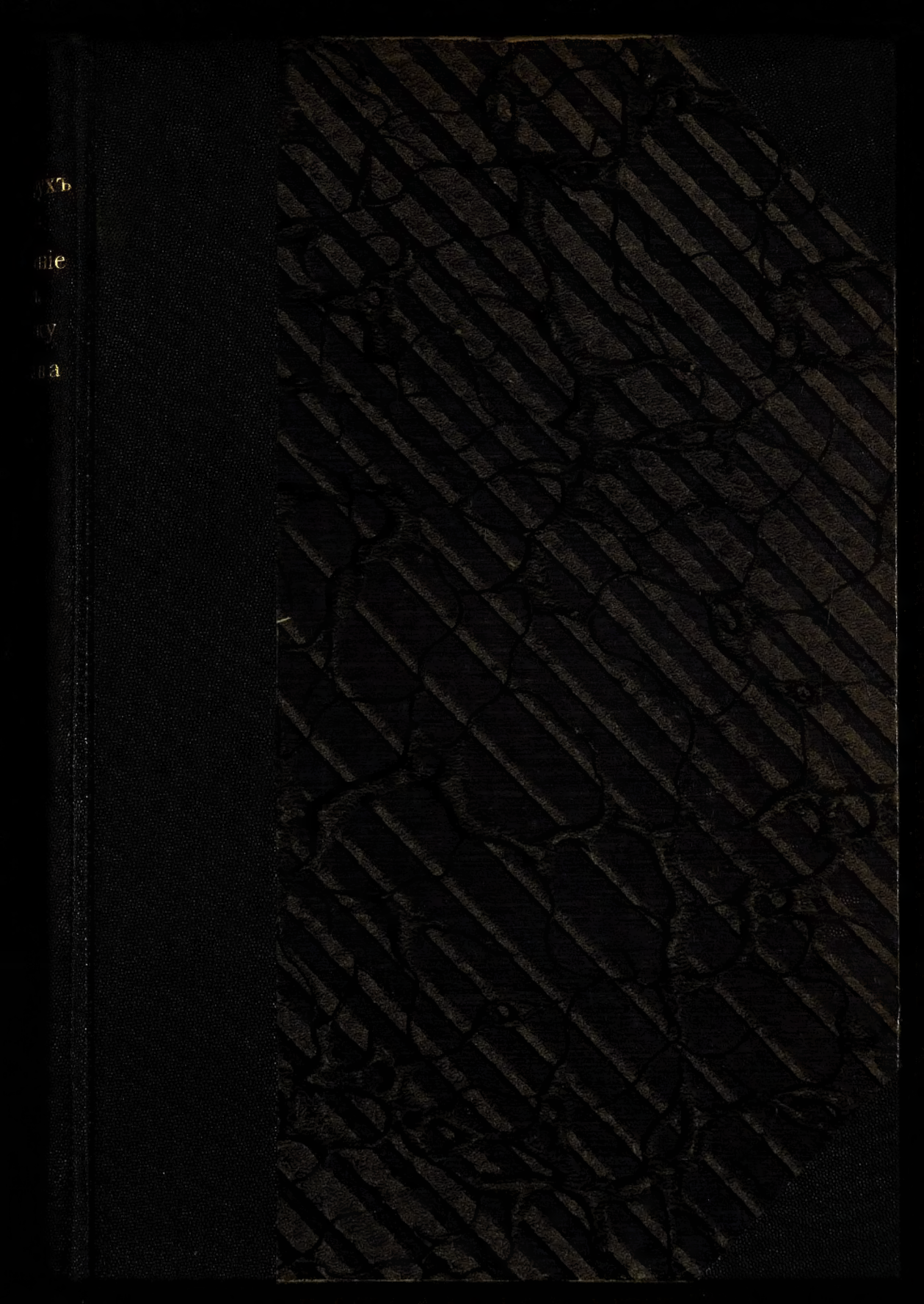


Густавъ Радбрухъ.

Профессоръ Гейдельбергскаго Университета.

ВВЕДЕНІЕ ВЪ НАУКУ ПРАВА.

Разрѣшенный авторомъ переводъ со второго переработаннаго изданія **М. М. Островской** и **И. З. Штейнберга.**

Со вступительной статьей **Б. КИСТЯКОВСКАГО.**

ТРУДЪ

МОСКВА.—1915.

+ VI 13

Густавъ Радбрухъ

Профессоръ Гейдельбергскаго Университета.

И В.4

ВВЕДЕНІЕ ВЪ НАУКУ ПРАВА

Разрѣшенный авторомъ переводъ со второго переработаннаго изданія **М. М. Островской** и **И. З. Штейнберга.**

Со вступительной статьей **Б. КИСТЯКОВСКАГО.**

ТРУДЪ

МОСКВА.—1915.

С.С.С.Р.
ИНСТИТУТ
К. Маркса и Ф. Энгельса
Ц.И.К.

4184 87

МОСКВА.—1915.
Тип. и цинк. Т./д. «МЫСЛЬ» Н. П. Меснянкинъ и К°. Петровка, 17

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.

Методологическая природа науки о правѣ *Б. Кистяковскаго* V

Право.

Понятіе права; право, нравственность, нравы. Цѣль права: персоналистическое и трансперсоналистическое воззрѣніе на культуру. Индивидуалистическое и сверхъиндивидуалистическое воззрѣніе на право. Правно-философское ученіяхъ о партіяхъ. Дѣйствіе права; естественное и позитивное право. Языкъ права. Источники права; обычное и законное право. Савиньи и Фейербахъ. 1

Государственное право.

Проблема государственнаго права, основныя проблемы нѣмецкаго государственнаго права; конституціонная и національная проблема. Конституціонная проблема; сословное абсолютистское государство. Ученіе и раздѣленіи властей; права на свободу; монархическій принципъ; парламентарный режимъ. Національная проблема: Германская имперія, какъ союзное государство. Эльзасъ и Лотарингія. Организація имперіи. Германія и Италія 24

Гражданское право.

Частное и публичное право. Римское и нѣмецкое гражданское право. Основныя понятія: субъективное право, юридическое лицо. Вещное и обязательственное право. Гражданское уложеніе; духъ, принципы: равенство, свобода собственности, договора, завѣщанія; принципъ виновности и причинности; индивидуалистическое и органическое воззрѣніе на семью и бракъ. Раціонализація семейнаго права. Система крѣпостныхъ книгъ и защита добросовѣстнаго пріобрѣтателя. Торговое право 35

Уголовное право.

Цѣль наказанія; постановка проблемы; теорія возмездія и обороны, какъ результаты сверхъиндивидуалистическаго и индивидуалистическаго воззрѣній на право. Проблема свободы воли, какъ предварительный вопросъ теоріи возмездія. Развитіе теоріи обороны: исправленіе, обезвреженіе, устраненіе. Обоснованіе наказанія. Преступники по убѣжденію. Смертная казнь. Цѣль уголовнаго права. Принципъ легальности 50

Стр.

Судоустройственное право.

Ученіе о раздѣленіи властей. Раздѣленіе правосудія и администраціи. Судейская независимость. Гарантіи судейской независимости; законная подсудность; незамѣнимость въ коллегіальномъ судѣ. Подчиненіе закону. Судейское правотворчество. Движеніе свободнаго права. Англійскій судья. Народная юстиція: суды присяжныхъ или суды шеффеновъ? Промышленные, купеческіе, военные суды. Адвокатура; общедоступныя юридическія консультаціи. Адвокатъ и судья въ общественномъ мнѣніи. 63

Процессуальное право.

Уголовный процессъ; средневѣковый уголовный процессъ. Инквизиціонный процессъ, реформированный уголовный процессъ: принципъ оффиціальности и обвинительный принципъ. Уголовный процесъ, какъ юридическое отношеніе. Гражданскій процессъ; диспозитный принципъ. Теорія законныхъ доказательствъ и свободная оцѣнка доказательствъ. Непосредственность. Публичность . . . 81

Административное право.

Понятіе администраціи. Возникновеніе административнаго права. Государственно-научный и юридическій методъ. Административная юстиція. Самоуправленіе въ консервативной, либеральной и демократической оцѣнкѣ. Соціальное законодательство 90

Церковное право.

Церковное право и государственное право. Церковное право; католическое и евангелическое воззрѣніе на церковное право. Примиримость церковнаго права и закона о ложныхъ ученіяхъ съ протестантизмомъ; католическое и евангелическое церковное право въ отношеніи къ ихъ способности къ развитію. Католическая церковная организація; евангелическая церковная организація. Государственное церковное право. Церкви отдѣльныхъ государствъ. Раздѣленіе государства и церкви. 98

Международное право.

Аналогія между отношеніями государства и церкви и государствъ между собой. Юридическая природа международнаго права. Экстенсивное и интенсивное развитіе международнаго права. Интернаціональныя конвенціи. Интернаціональныя административныя учрежденія. Международно-правовое третейское разбирательство. Война по индивидуалистическому и сверхъиндивидуалистическому воззрѣнію на государство. Этическая цѣнность или безцѣнность правового мира. 109

Наука права.

Юриспруденція, какъ наука. Интерпретація. Конструкція. Систематика. Психическія предпосылки юридической профессіи: не столько чувство справедливости, сколько чувства порядка или свободы. Ея психическіе результаты 121

Указатель 280

МЕТОДОЛОГИЧЕСКАЯ ПРИРОДА НАУКИ О ПРАВѢ.

(Вмѣсто предисловія).

Ни въ какой другой наукѣ нѣтъ столько противорѣчащихъ другъ другу теорій, какъ въ наукѣ о правѣ. При первомъ знакомствѣ съ нею получается даже такое впечатлѣніе, какъ будто она только и состоитъ изъ теорій, взаимно исключающихъ другъ друга. Самые основные вопросы о существѣ и неотъемлемыхъ свойствахъ права рѣшаются различными представителями науки о правѣ совершенно различно. Споръ между теоретиками права возникаетъ уже въ началѣ научнаго познанія права; даже болѣе, именно по поводу исходнаго вопроса—къ какой области явленій принадлежитъ право—начинается непримиримое раздѣленіе направленій и школъ въ интересующей насъ наукѣ. Достаточно вспомнить наиболѣе существенные отвѣты на этотъ послѣдній вопросъ, чтобы сразу получить яркое представленіе о томъ, въ какомъ неопредѣленномъ положеніи находится эта сфера научнаго знанія.

Большинство современныхъ юристовъ неразрывно связываетъ право съ государствомъ и его принудительной властью. Дѣйствительно, на переживаемой нами стадіи культуры государство почти монополизировало установленіе нормъ права и надзоръ за ихъ осуществленіемъ. Близкое участіе современнаго государства во всемъ, что касается права и его примѣненія, является однимъ изъ самыхъ характерныхъ признаковъ дѣйствующихъ теперь правопорядковъ. Поэтому многіе теоретики права приходятъ къ заключенію, что право не можетъ существовать безъ государства и что оно по самой своей природѣ—явленіе государственное. Согласно этой теоріи, право состоитъ изъ повелѣній, исполненіе которыхъ гарантируется государ-

ственной властью. Отдѣльные сторонники этой теоріи далеко не одинаково формулируютъ ее; различіе въ формулировкахъ ея, благодаря которымъ получается очень много варіантовъ этой теоріи, зависитъ, главнымъ образомъ, отъ того, какое значеніе тѣ или иные теоретики придаютъ при опредѣленіи существа права элементу принужденія. Однако общей чертой для всѣхъ оттѣнковъ этой теоріи является признаніе того, что государство имѣетъ рѣшающее значеніе для права. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія этой теоріи, право всегда представляетъ изъ себя императивное, или государственно-повелительное явленіе.

Но противъ этой теоріи права возражаютъ многіе представители науки о правѣ, указывая на то, что право возникаетъ раньше государства и можетъ существовать помимо него. Далѣе, они вполнѣ справедливо выдвигаютъ то соображеніе, что при добровольномъ осуществленіи правовыхъ нормъ, которое является наиболѣе распространеннымъ и нормальнымъ типомъ соблюденія права, возможность вмѣшательства государства въ случаѣ несоблюденія предписаній права въ большинствѣ случаевъ не играетъ никакой роли. Слѣдовательно, осуществленіе нормъ права не есть прямое слѣдствіе регулирующей и надзирающей дѣятельности государственной власти. Съ другой стороны, по ихъ мнѣнію, и процессъ правотворчества, несмотря на громадный ростъ и широкое распространеніе законодательной дѣятельности современныхъ государствъ, совершается не въ законодательныхъ учрежденіяхъ, гдѣ право лишь формулируется, а въ нѣдрахъ общества, гдѣ оно зарождается и созрѣваетъ. Наконецъ, они настаиваютъ на томъ, что и организація, и вся дѣятельность современныхъ государствъ основаны на правовыхъ нормахъ, установленныхъ въ конституціяхъ этихъ государствъ. Все это заставляетъ ихъ признавать дѣятельность государства, направленную на установленіе и осуществленіе права, лишь внѣшней оболочкой современнаго правопорядка, не касающейся существа права. Само по себѣ право, по ихъ теоріи, есть явленіе соціальное и состоитъ изъ извѣстнаго рода отношеній между людьми, охраняемыхъ самимъ обществомъ.

Однако многихъ теоретиковъ не удовлетворяетъ ни первое, ни второе рѣшеніе вопроса о существѣ права. Они утверждаютъ,

что и въ томъ, и въ другомъ случаѣ обращается вниманіе на нѣчто внѣшнее, привходящее къ праву, а не на самое право. Изслѣдуя природу права, они приходятъ къ заключенію, что право есть явленіе нашего внутренняго, психическаго міра. На связь права съ психикой уже и раньше не разъ было обращено вниманіе; такъ, напр., при анализѣ императивнаго характера права указывалось на то, что право дѣйствуетъ и осуществляется благодаря человѣческой волѣ. Но только въ новѣйшее время были сдѣланы попытки болѣе широко и вмѣстѣ съ тѣмъ болѣе послѣдовательно посмотрѣть на право съ психологической точки зрѣнія. Сторонники психологической теоріи права, разсматривающіе право, какъ явленіе не только волевое, но и вообще психическое, и притомъ какъ исключительно психическое явленіе, вмѣстѣ съ тѣмъ утверждаютъ, что право относится совсѣмъ къ другой области явленій, чѣмъ та, которую имѣютъ въ виду защитники двухъ вышеназванныхъ теорій права. Такимъ образомъ, здѣсь мы имѣемъ совершенно непримиримую противоположность взглядовъ не только по вопросу о существѣ права, но, что гораздо важнѣе, и по вопросу о той области явленій, къ которой принадлежитъ право.

Основныя теоретическія противорѣчія даже относительно исходныхъ точекъ, съ которыхъ начинается познаніе права, далеко однако этимъ не исчерпываются. Еще важнѣе, чѣмъ вопросъ о томъ, есть ли право только внутреннее, психическое явленіе, или оно также и явленіе внѣшняго соціальнаго міра,— вопросъ о томъ, въ какомъ отношеніи находится право къ нравственности. Этотъ послѣдній вопросъ имѣетъ уже не только теоретическое, но и глубоко практическое, жизненное значеніе. И именно при рѣшеніи его ученые и мыслители приходятъ къ наиболѣе противоположнымъ взглядамъ. Прежде всего, чрезвычайно странное впечатлѣніе производитъ то обстоятельство, что въ современной научной литературѣ по общей теоріи права главный интересъ сосредоточенъ на установленіи различія между правомъ и нравственностью и даже на противопоставленіи ихъ другъ другу и сравнительно очень мало вниманія удѣляется вопросу о томъ, въ чемъ право и нравственность родственны и близки между собой.

Правда, теоретики права, видящіе свою основную задачу въ

установленіи различія между правомъ и нравственностью, проводятъ по большей части чисто формальное разграниченіе между ними. Такъ, сторонники взгляда на право, какъ на государственно-повелительное явленіе, видятъ отличіе права отъ нравственности въ томъ, что соблюденіе правовыхъ предписаній можетъ быть вынуждено государственной властью, а соблюденіе требованій нравственности—не подлежитъ принудительному осуществленію. Сторонники психологической теоріи права усматриваютъ эту разницу въ томъ, что правовыя душевныя переживанія имѣютъ двусторонній повелительно-предоставительный характеръ, а нравственныя—только односторонній повелительный характеръ. Наряду съ этимъ у защитниковъ этихъ теорій мы встрѣчаемъ ученіе о томъ, что то или иное содержаніе совершенно безразлично для правовыхъ предписаній: какъ явленіе, имѣющее чисто формальные признаки, право приравнивается къ дѣйствительно совершенно безразличнымъ въ нравственномъ отношеніи явленіямъ и предметамъ. У сторонниковъ взгляда на право, какъ орудіе государственной власти, мы находимъ сравненіе права съ орудіями повседневной и технически-промышленной жизни, напр., съ ножомъ, которымъ можно и исполнить полезную работу, и убить человѣка, или съ динамитомъ, который можетъ послужить и созидательнымъ, и разрушительнымъ цѣлямъ. Однако наиболѣе яркимъ показателемъ того, какъ противоположны могутъ быть воззрѣнія на отношеніе между правомъ и нравственностью, служатъ взгляды на право Л. Н. Толстого, который считаетъ право безусловнымъ зломъ и явленіемъ безнравственнымъ, такъ какъ оно прибѣгаетъ къ принужденію, т. е. насилію надъ человѣкомъ.

Но съ другой стороны, съ тѣхъ поръ, какъ возникли общія размышленія о правѣ, всегда высказывался взглядъ, что подлинное существо права безусловно этично, какъ бы ни уклонялись отдѣльные, фактически дѣйствующіе правопорядки отъ требованій нравственности. Это ученіе о далеко не безразличномъ, а глубоко нравственномъ характерѣ права въ его подлинной сущности особенно энергично и послѣдовательно отстаивалось школой естественнаго права. Среди современныхъ намъ теорій права, наряду съ вышеуказанными ученіями, видящими свою задачу въ противопоставленіи права нравственности, можно ука-

зать и ученія, настаивающія на томъ, что въ своей основѣ право имѣетъ нравственный характеръ. Если у насъ со стороны Л. Н. Толстого нравственный характеръ права подвергся, можетъ быть, наиболѣе рѣшительному отрицанію, то и самый выдающійся нашъ философъ, В. С. Соловьевъ, выступилъ съ особенной энергіей на защиту нравственной связи между правомъ и нравственностью. Связь эту стараются расторгнуть не только тѣ, кто подобно Л. Н. Толстому исходитъ изъ абсолютнаго значенія нравственныхъ началъ, но и тѣ, кто подобно Б. Н. Чичерину исходитъ изъ прямо противоположнаго утвержденія объ абсолютномъ значеніи правового начала. В. С. Соловьевъ въ своемъ этюдѣ «Право и нравственность», который въ переработанномъ видѣ вошелъ и въ его основное философское сочиненіе «Оправданіе добра», одинаково возсталъ противъ всѣхъ ученій, расторгающихъ союзъ между правомъ и нравственностью. Вмѣстѣ съ тѣмъ онъ привелъ неопровержимыя доказательства въ пользу того, что подлинное существо права обладаетъ нравственнымъ характеромъ. Однако это коренное свойство права, роднящее его съ нравственностью, опредѣляется различными учеными далеко не одинаково. Одни учатъ, что право заключаетъ въ себѣ тотъ минимумъ нравственныхъ требованій, который обязателенъ для всѣхъ, другіе готовы даже доказывать, что все несогласное съ требованіями нравственности въ дѣйствующихъ правопорядкахъ, не есть право; наконецъ, третьи считаютъ, что только въ процессѣ культурнаго развитія—углубленія человѣческаго самосознанія и творчества новыхъ общественныхъ формъ можетъ быть достигнута полная гармонія права и нравственности.

Уже перечисленныя и кратко охарактеризованныя нами теоріи права показываютъ, какъ глубоки противорѣчія во взглядахъ относительно существа права и основныхъ его свойствъ, высказываемыя въ современной научно-правовой и философской литературѣ. Противорѣчія эти будутъ дѣлаться все болѣе многочисленными и разносторонними, чѣмъ дальше мы будемъ разсматривать различныя ученія о правѣ. Такое состояніе современныхъ научно-правовыхъ теорій очень часто вызываетъ крайне пессимистическое отношеніе къ самой наукѣ о правѣ. Однако достаточно установить причину неудовлетворительнаго состоянія

современнаго научнаго знанія о правѣ, чтобы убѣдиться въ томъ, что пессимизмъ здѣсь совершенно неумѣстенъ.

Если различные ученые и мыслители приходятъ къ прямо противоположнымъ рѣшеніямъ основныхъ вопросовъ, касающихся существа права, то это объясняется тѣмъ, что не выясненъ и не рѣшенъ предварительный вопросъ о характерѣ самой науки о правѣ. Послѣдняя слагалась подъ различными вліяніями, созданными посторонними для нея научными теченіями и не имѣвшими прямого отношенія къ ея основнымъ свойствамъ. Эта зависимость науки права отъ самыхъ разнообразныхъ идейныхъ теченій и привела къ тому, что въ ней накопилась такая масса противорѣчащихъ другъ другу теорій.

Наиболѣе часто наука о правѣ обосновывается и построяется на тѣхъ идеяхъ и на томъ матеріалѣ, которые вырабатываются въ догматической юриспруденціи. Это вполнѣ понятно, такъ какъ разработкой науки о правѣ заняты, главнымъ образомъ, юристы, интересы которыхъ сосредоточены на догматическомъ изученіи и изслѣдованіи права. У насъ типичнымъ примѣромъ такого обоснованія и оріентировки науки о правѣ на идеяхъ и матеріалѣ, доставляемыхъ догматической юриспруденціей, можетъ служить «Общая теорія права» Г. Ф. Шершеневича. Книга Г. Ф. Шершеневича выросла изъ общей части его «Курса гражданскаго права»; отдѣлы ея, посвященные праву, воспроизводятъ въ существенныхъ чертахъ высказанное авторомъ при систематическомъ изслѣдованіи и изложеніи гражданско-правовой догматики. Правда, самъ Г. Ф. Шершеневичъ, несомнѣнно, стремился дать болѣе широкое обще-философское и антропологосоціологическое обоснованіе своей общей теоріи права. Устанавливая свою задачу, онъ указываетъ на то, что «философія права не можетъ быть построена на однѣхъ юридическихъ наукахъ», и что «право, въ его цѣломъ, есть понятіе соціологическое, а не юридическое». Но выполненіе этой задачи не удалось Г. Ф. Шершеневичу, и въ его книгѣ мы не находимъ «права въ его цѣломъ», а только ту сторону его, которая интересуетъ юриста-догматика. Какъ по методу, такъ и по матеріалу «Общая теорія права» Г. Ф. Шершеневича оказалась оріентированной по преимуществу на юридической догматикѣ. Поэтому и пониманіе сущности права въ ней чисто юридико-догматическое; оно

ограничено представленіемъ о томъ, что къ праву относятся только тѣ нормы, которыя подлежатъ вѣдѣнію судебныхъ инстанцій, т. е. главнымъ образомъ гражданское и уголовное право; напротивъ, большая часть государственнаго и международнаго права, согласно этому взгляду, исключена изъ сферы права.

Наряду съ оріентировкой науки о правѣ на догматической юриспруденціи мы находимъ въ научно-правовой литературѣ и оріентировку ея на другихъ спеціальныхъ научныхъ дисциплинахъ; въ однихъ случаяхъ ее оріентируютъ на соціологіи, въ другихъ—на психологіи. Къ періоду особой популярности у насъ соціологіи, т. е. къ концу семидесятыхъ годовъ, относится замѣчательная по своей послѣдовательности разработка основныхъ проблемъ науки о правѣ съ соціологической точки зрѣнія, представленная С. А. Муромцевымъ въ его сочиненіи «Опредѣленіе и основное раздѣленіе права». Въ общемъ, та же соціологическая точка зрѣнія на право положена въ основаніе и получившаго у насъ большое распространеніе сочиненія Н. М. Коркунова «Лекціи по общей теоріи права», но въ немъ менѣе послѣдовательно проведено чисто соціологическое истолкованіе правовыхъ явленій, такъ какъ сдѣланы большія уступки юридико-догматическому направленію. Напротивъ, теперь, когда громадное значеніе придается психологіи, а психологическое истолкованіе всего, что касается человѣка, считается многими по преимуществу научнымъ, наибольшее вниманіе обращаетъ на себя психологическая теорія права. У насъ она представлена лучше, чѣмъ въ другихъ западно-европейскихъ литературахъ, благодаря замѣчательному труду Л. І. Петражицкаго «Теорія права и государства въ связи съ теоріей нравственности». Само собой понятно, что какъ только мѣняется научная дисциплина, которая служитъ для оріентировки науки о правѣ, тотчасъ же измѣняется и взглядъ на то, къ какой области явленій надо причислить право. Такимъ образомъ, въ зависимости отъ признанія той или иной области научнаго знанія исходной для построенія науки о правѣ одни ученые причисляютъ право къ государственно-повелительнымъ явленіямъ, другіе—къ соціальнымъ,—а третьи—къ явленіямъ психическимъ. Съ другой стороны, въ соотвѣтствіи съ различными точками зрѣнія на характеръ самой

науки о правѣ рѣшается и вопросъ о томъ, гдѣ провести границу между правовыми и неправовыми явленіями. Вполнѣ естественно, что ученые, придерживающіеся взгляда на право, какъ на соціальное явленіе, считаютъ, по преимуществу, правовымъ все то, что составляетъ соціальную сторону права, все же, не относящееся къ ней, они такъ или иначе исключаютъ изъ области права. Напротивъ, сторонники психологической теоріи права ограничиваютъ область права лишь душевными переживаніями, а все остальное въ правѣ они объявляютъ не правомъ; для большей же убѣдительности своей новой классификаціи явленій, связанныхъ съ правомъ, они отвергаютъ всю старую терминологію и придумываютъ свои собственные новые термины. Этимъ путемъ и получается вся та масса крайне противорѣчивыхъ рѣшеній основныхъ вопросовъ относительно существа права, на которую мы указали выше, какъ на наиболѣе характерную особенность современнаго состоянія научнаго знанія о правѣ.

Всѣ вышеразсмотрѣнныя теоріи права, несомнѣнно, свидѣтельствуютъ о томъ, что науку о правѣ можно оріентировать и въ догматической юриспруденціи, и въ соціологіи, и въ психологіи. Но возможность оріентировки науки о правѣ въ столь противоположныхъ научныхъ дисциплинахъ, какъ по ихъ предмету изслѣдованія, такъ и по ихъ методу, заставляетъ признать эту возможность лишь фактически осуществляемой, а не научно оправдываемой. Въ самомъ дѣлѣ, если эти оріентировки могутъ производиться въ такихъ не похожихъ другъ на друга областяхъ знанія, какъ, напр., соціологія и психологія, то ни одна изъ нихъ не является правильной. Однако, все-таки онѣ осуществимы, и порознь каждая изъ нихъ приводитъ къ очень интереснымъ научнымъ результатамъ. Только всѣ вмѣстѣ онѣ превращаютъ науку о правѣ въ собраніе взаимно противорѣчащихъ и исключающихъ другъ друга теорій и взглядовъ. Всѣ эти факты заставляютъ насъ притти къ заключенію, что оріентировка науки о правѣ въ какой-нибудь одной спеціальной дисциплинѣ гуманитарно-научнаго знанія методологически неправильна; въ виду же того, что эта оріентировка въ каждой изъ гуманитарныхъ наукъ все-таки возможна и приводитъ къ извѣстнымъ научнымъ результатамъ, хотя лишь частично вѣрнымъ,—естественно сдѣлать пред-

положеніе, что науку о правѣ слѣдуетъ оріентировать во всей совокупности гуманитарныхъ наукъ. Очень важнымъ доводомъ въ пользу этого методологическаго требованія можетъ служить и то соображеніе, что право не можетъ быть отнесено только къ одной сторонѣ культурной жизни человѣка, т. е. или къ государственной организаціи, или къ общественнымъ отношеніямъ, или къ душевнымъ переживаніямъ, такъ какъ оно одинаково связано со всѣми ими.

Однако, чрезвычайно легко выставить требованіе оріентировать науку о правѣ во всей совокупности гуманитарно-научнаго знанія, но осуществить его очень трудно. Гуманитарныя науки не представляютъ изъ себя единую и цѣльную область научнаго знанія, а состоятъ изъ простой суммы наукъ о человѣкѣ и его культурной жизни. Если мы будемъ послѣдовательно или поперемѣнно оріентировать науку о правѣ въ каждой отдѣльной дисциплинѣ, относящейся къ области гуманитарныхъ наукъ, стремясь притомъ не оставить ни одной изъ нихъ въ сторонѣ, то мы получимъ не синтетически цѣльный, а лишь эклектическій, сборный результатъ. Дѣйствительно, элементы эклектизма довольно сильны въ научной литературѣ о правѣ; особенно много ихъ въ теоретическихъ построеніяхъ Н. М. Коркунова; присутствіе ихъ сказывается въ нѣкоторыхъ уступкахъ соціологическому направленію въ «Общей теоріи права» Г. Ф. Шершеневича; одинъ Л. І. Петражицкій вполнѣ послѣдователенъ въ проведеніи психологической точки зрѣнія на право, что и приводитъ его часто къ парадоксальнымъ выводамъ. Но помимо эклектизма, идя по пути оріентировки науки о правѣ во всѣхъ гуманитарныхъ наукахъ, мы натолкнемся на совершенно неразрѣшимое противорѣчіе: вѣдь, наука о правѣ является тоже одной изъ гуманитарныхъ наукъ и въ принципѣ должна быть признана равноправной со всѣми ими; слѣдовательно, если мы будемъ оріентировать науку о правѣ въ каждой изъ гуманитарныхъ наукъ, то и каждую изъ нихъ мы въ свою очередь должны оріентировать въ наукѣ о правѣ. Ясно, что такая взаимная оріентировка гуманитарныхъ наукъ другъ на другѣ не можетъ составить прочнаго методологическаго фундамента ни для одной изъ нихъ.

Все это заставляетъ насъ притти къ заключенію, что мы не можемъ методологически правомѣрно оріентировать науку о правѣ непосредственно въ совокупности гуманитарныхъ наукъ. Эта задача оріентировки науки о правѣ въ гуманитарно-научномъ знаніи въ его цѣломъ осуществима только при посредствѣ, какъ той аналитической и критической провѣрки, такъ и того, объединяющаго разрозненное научное знаніе, синтеза, которые даются философіей вообще и философіей культуры въ частности. Итакъ, для того, чтобы наука о правѣ была методологически правильно построена, она должна быть оріентирована не въ той или иной гуманитарно-научной дисциплинѣ и не во всей совокупности ихъ, а прежде всего въ философіи культуры и только при посредствѣ ея во всей суммѣ гуманитарныхъ наукъ, объединенныхъ при помощи философіи въ цѣльную систему научнаго знанія.

Чрезвычайно интересную попытку построить научное знаніе о правѣ, исходя изъ философіи, представляютъ труды Р. Штаммлера. По своимъ философскимъ взглядамъ Р. Штаммлеръ сторонникъ критической философіи Канта, а въ пониманіи послѣдней онъ первоначально, несомнѣнно, слѣдовалъ за Г. Когеномъ, почему его часто и причисляютъ къ марбургской философской школѣ, во главѣ которой стоитъ Г. Когенъ. Изъ цѣлаго ряда трудовъ Р. Штаммлера, вышедшихъ на протяженіи послѣдней четверти столѣтія, для насъ представляютъ особенный интересъ три его сочиненія. Сперва въ сочиненіи «Хозяйство и право съ точки зрѣнія матеріалистическаго пониманія исторіи», которое есть и въ русскомъ переводѣ, онъ изложилъ свою соціально-философскую систему, затѣмъ онъ посвятилъ двѣ книги— «Ученіе о правильномъ правѣ» и «Теорія науки о правѣ», не переведенныя пока на русскій языкъ, по преимуществу философіи права. Надо признать, что исходная точка зрѣнія, принятая Р. Штаммлеромъ для построенія познанія права, именно оріентировка и обоснованіе этого познанія въ философіи, обладаетъ несомнѣннымъ гносеолого-методологическимъ превосходствомъ передъ попытками обосновать научное знаніе о правѣ на какой-нибудь одной изъ спеціальныхъ гуманитарно-научныхъ дисциплинъ. Но отвергнувъ методологическую правомѣрность самостоятельнаго обоснованія отдѣльныхъ гуманитарныхъ наукъ

и обратившись къ философіи, Р. Штаммлеръ ударился въ противоположную крайность: онъ слилъ науку о правѣ съ философіей. Согласно идеямъ, изложеннымъ въ его первомъ сочиненіи, сущность права можетъ быть познана только въ соціальной философіи, въ которой соціальный міръ познается лишь, какъ цѣлое, при томъ на основаніи одного только телеологическаго принципа, т. е. монистически въ узкомъ значеніи этого термина. Изъ послѣдующихъ его трудовъ надо вывести заключеніе, что онъ признаетъ самостоятельное значеніе въ процессѣ познанія права и за философіей права, однако, именно только потому, что и она, въ его толкованіи, основываетъ свое познаніе на установленныхъ имъ раньше философскихъ критеріяхъ. Такимъ образомъ, если интересы Р. Штаммлера въ постепенной обработкѣ имъ своей философской системы, несомнѣнно, передвинулись отъ соціальной философіи къ философіи права, то неизмѣннымъ осталось его исходное убѣжденіе, что единственнымъ способомъ истиннаго познанія права является философское его познаніе. Съ его точки зрѣнія, научное знаніе о правѣ всецѣло растворяется въ философіи и, въ частности, въ соціальной философіи и философіи права. Даже чисто описательныя юридическія дисциплины, какъ догматическая и историческая юриспруденція въ своихъ формальныхъ предпосылкахъ, согласно его системѣ, не только всецѣло зависятъ, но и непосредственно созидаются, благодаря чисто философскимъ категоріямъ мышленія.

Еще дальше по пути растворенія науки о правѣ въ философіи пошелъ первоначальный руководитель Р. Штаммлера въ проблемахъ философіи Г. Когенъ. Его взгляды на интересующій насъ вопросъ изложены во второй части его системы философіи, посвященной «Этикѣ чистой воли». Въ нашей научной литературѣ высказано мнѣніе, что «Этика чистой воли» Г. Когена «представляетъ собою выдающееся явленіе въ исторіи юридическихъ теорій, такъ какъ она содержитъ въ своихъ понятіяхъ «критику силы юридическаго сужденія», т. е. юридическую теорію, базирующуюся въ научной логикѣ и научной этикѣ». Но если мы обратимся къ самой «Этикѣ» Г. Когена, то мы не найдемъ въ ней «юридической теоріи» въ точномъ смыслѣ этого термина, т. е. систематическаго изложенія научныхъ знаній о правѣ. Въ своей «Этикѣ чистой воли» Г. Когенъ дѣ-

лаетъ попытку построить философію культуры, опираясь на то, что познано совокупностью гуманитарныхъ наукъ, или, по нѣмецкой терминологіи, наукъ о духѣ. Философію культуры Г. Когенъ строитъ по аналогіи съ выработанной имъ въ первой части его философской системы—«Логикѣ чистаго познанія»—философіей природы, которую онъ созидаетъ изъ научно познаннаго всею суммою теоретическаго и описательнаго естествознанія. Какъ въ философіи чистаго познанія Г. Когенъ, оріентируясь въ естественно-научномъ знаніи, показываетъ міръ природы въ его онтологической сущности, такъ въ философіи чистой воли онъ ставитъ своей задачей, основываясь на знаніи, добытомъ науками о духѣ, показать деонтологическую сущность міра культуры, взятаго въ его цѣломъ[1]). Направивъ свой интересъ, съ одной стороны, на міръ природы въ его цѣломъ, какъ онъ данъ въ естественно-научномъ познаніи, съ другой—на міръ культуры, познанный, какъ цѣлое, въ совокупности наукъ о духѣ, онъ не интересуется ни методологической природой каждой отдѣльной естественной или гуманитарной науки, ни тѣми или иными путями познанія, которыми пользуется та или другая наука, принадлежащая къ одной изъ двухъ названныхъ группъ наукъ. Все вниманіе его обращено на познанный предметъ или на уже готовое научное знаніе, добытое отдѣльными науками; притомъ послѣднее интересуетъ его не въ отрывочномъ и частичномъ видѣ, какъ оно дано спеціальными научными дисциплинами, а въ связной цѣлости его, создаваемой всей совокупностью наукъ, такъ какъ только цѣльное научное знаніе служитъ философскому постиженію объекта всякаго познанія—міра природы и міра культуры. Поэтому, напр., въ «Логикѣ чистаго познанія» Г. Когена совсѣмъ не интересуетъ проблема чисто математическаго познанія, ибо въ системѣ его философіи она растворяется въ системѣ математическаго есте-

---

[1]) Задача онтологіи выявить истинно сущее бытіе, задача деонтологіи показать истинно сущее долженствованіе. Долженствованіе разсматривается при этомъ, какъ особый видъ бытія, на чемъ особенно настаиваетъ Г. Когенъ. Онтологія и деонтологія Г. Когена не трансценденгна и не догматична, а имманентна и строго гносеологична. Это и даетъ ему право противопоставлять свою философскую систему чисто метафизическимъ системамъ.

ствознанія. Созидая дальше свою систему философіи въ «Этикѣ чистой воли», онъ устанавливаетъ аналогію между значеніемъ математики для наукъ о природѣ и значеніемъ науки о правѣ для всей совокупности наукъ о духѣ. Установленіемъ этой аналогіи между наукой о правѣ и математикой, онъ цѣликомъ опредѣляетъ свое пониманіе методологической природы науки о правѣ. Для него наука о правѣ существуетъ только, какъ составная часть въ познаніи соціальнаго цѣлаго, иными словами, онъ растворяетъ проблему познанія сущности права въ проблемѣ познанія сущности оформленной правомъ общественной жизни. Принимая во вниманіе этотъ философско-систематическій характеръ «Этики чистой воли» Г. Когена, въ ней также нельзя искать юридической теоріи, какъ въ его «Логикѣ чистаго познанія» нельзя искать естественно-научныхъ теорій. Какъ та, такъ и другая предполагаютъ соотвѣтственное научное знаніе уже даннымъ; съ своей стороны онѣ даютъ онтологическое и деонтологическое истолкованіе познаннаго предмета. Итакъ, въ «Этикѣ чистой воли» Г. Когена мы не познаемъ сущности права, какъ оно намъ дано въ эмпирической дѣйствительности, а только узнаемъ, что представляетъ изъ себя право въ деонтологическомъ ряду, если посмотримъ на него съ точки зрѣнія его философской системы.

Такимъ образомъ, ни философская система Р. Штаммлера, ни тѣмъ болѣе философская система Г. Когена не могутъ дать намъ правильныхъ указаній относительно методологической природы науки о правѣ и, въ частности, относительно тѣхъ путей, по которымъ эта наука должна двигаться, чтобы достичь истиннаго познанія своего предмета. Нельзя добыть руководящіе методологическіе принципы, необходимые для построенія науки о правѣ, оріентируя эту науку въ тѣхъ системахъ философіи, которыя сосредоточиваютъ все свое вниманіе на познанномъ предметѣ и берутъ научное знаніе о правѣ, а равно и о другихъ областяхъ культуры, какъ уже данное для того, чтобы изъ этого знанія строить или свою соціальную философію, или свою философію культуры. Для этой цѣли надо обратиться къ той философской системѣ, которая направляетъ свой интересъ

на научное знаніе въ процессѣ его созиданія. Такова критическая философія Канта въ ея подлинномъ и наиболѣе существенномъ значеніи, а не въ томъ своеобразномъ истолкованіи, которое придала ей марбургская философская школа въ лицѣ, какъ ея главы, Г. Когена, такъ и ея половинчатыхъ послѣдователей, представленныхъ въ философіи права Р. Штаммлеромъ.

Несомнѣнно, принципы критической философіи нуждаются въ дальнѣйшей разработкѣ для того, чтобы быть примѣненными къ запросамъ современнаго научнаго знанія и, въ частности, къ потребностямъ гуманитарныхъ наукъ въ ихъ новѣйшей постановкѣ. Задачу эту выполняетъ современное неокантіанское движеніе, но представители его понимаютъ эту задачу очень различно и достигаютъ далеко не одинаковыхъ результатовъ. По нашему глубокому убѣжденію, наиболѣе плодотворно для развитія научнаго знанія вообще и гуманитарныхъ наукъ въ частности то направленіе въ этомъ движеніи, которое представлено В. Виндельбандомъ, Г. Риккертомъ, Э. Ласкомъ и друг.; оно обращаетъ главное вниманіе не на построеніе философскихъ системъ изъ научнаго знанія, которое разсматривается, какъ уже данное и научно познавшее свой предметъ, а на созиданіе новаго научнаго знанія путемъ анализа пріобрѣтенныхъ завоеваній науки и вскрытія тѣхъ методологическихъ принциповъ, которые лежатъ въ основаніи отдѣльныхъ научныхъ дисциплинъ. Согласно съ этимъ пониманіемъ задачъ философскаго критицизма, В. Виндельбандомъ и Г. Риккертомъ были разработаны вопросы, касающіеся методологической природы, своеобразнаго научнаго интереса и особой цѣли познанія, свойственныхъ историческимъ наукамъ. То широкое распространеніе, которое получили идеи Виндельбанда и Риккерта, относящіяся къ этой области научнаго знанія, тотъ живой откликъ, который онѣ встрѣтили въ кругахъ спеціалистовъ историковъ, и, наконецъ, пріобрѣтенное ими очень большое число сторонниковъ и послѣдователей—все это, несомнѣнно, свидѣтельствуетъ о плодотворности методологической работы, произведенной этими философами. Въ томъ же направленіи, въ которомъ разработанъ методологическій характеръ историческихъ

дисциплинъ, представителями этого философскаго направленія ведется разработка и методологическихъ основъ другихъ гуманитарныхъ наукъ. Согласно съ руководящими идеями философской школы В. Виндельбанда и Г. Риккерта гносеологометодологическіе принципы гуманитарно-научнаго знанія могутъ быть вполнѣ выяснены только въ связи съ основными началами философіи культуры. Но философія культуры представителями этого направленія не строится въ видѣ готовой и законченной деонтологической системы, какъ это сдѣлалъ Г. Когенъ, а въ соотвѣтствіи съ истиннымъ духомъ философскаго критицизма выявляется лишь въ своихъ основныхъ предпосылкахъ въ видѣ системы цѣнностей.

Предлагаемая здѣсь книга Г. Радбруха «Введеніе въ науку права» представляетъ особый интересъ именно потому, что авторъ ея оріентируетъ науку о правѣ въ философіи культуры въ томъ пониманіи ея, какъ оно установлено философской школой В. Виндельбанда и Г. Риккерта. Правда, книга Г. Радбруха не есть самостоятельное научное изслѣдованіе; задача ея болѣе скромная. Она предназначена для широкаго круга читателей и должна сообщить ему научныя свѣдѣнія о правѣ. Но авторъ ея не эклектически собираетъ эти свѣдѣнія, составляя ихъ изъ того, что утверждаютъ представители различныхъ направленій и школъ. Напротивъ, онъ излагаетъ только тѣ научныя знанія о правѣ, которыя онъ признаетъ съ усвоенной имъ общефилософской и научно-методологической точки зрѣнія истинными, и именно въ той системѣ, которой требуетъ его философское міровоззрѣніе. Правильность исходной философской и методологической точки зрѣнія автора является гарантіей и правильности основныхъ принциповъ, которые онъ отстаиваетъ. Въ силу этаго работа автора и пріобрѣтаетъ особую цѣнность, ибо для общей теоріи права важны правильная установка и вѣрное освѣщеніе основныхъ принциповъ, а не удачное рѣшеніе частныхъ вопросовъ.

Нѣкоторыя особенности этой книги объясняются условіями, благодаря которымъ она была написана, и цѣлью, для которой она предназначена. Она возникла изъ курса лекцій автора въ Коммерческомъ Институтѣ въ Мангеймѣ. Въ нѣмецкихъ выс-

шихъ учебныхъ заведеніяхъ преподается вмѣсто энциклопедіи права или общей теоріи права, какъ у насъ, введеніе въ науку права, въ которой сообщаются краткія свѣдѣнія изъ всѣхъ областей юриспруденціи. По большей части это приводитъ къ тому, что этому предмету придается характеръ краткой компиляціи всѣхъ отдѣльныхъ юридическихъ дисциплинъ. Г. Радбрухъ удачно обошелъ эту опасность и не послѣдовалъ за тѣми авторами, которые даютъ лишь безпринципную компиляцію отдѣльныхъ юридическихъ наукъ. Помогла ему какъ его исходная философско-методологическая точка зрѣнія, такъ и счастливая мысль при изложеніи частныхъ юридическихъ дисциплинъ брать изъ нихъ то, что связано съ принципами общей теоріи права. Такимъ образомъ, книга Г. Радбруха представляетъ собою ту же общую теорію права, какъ она понимается у насъ, только изложенную менѣе абстрактно.

Б. Кистяковскій.

Право.

Всякій порядокъ, который мы находимъ или стремимся установить въ многообразіи жизни, заимствуетъ свое названіе у права: мы говоримъ о законахъ природы, о законахъ нравственности и нравовъ, о законахъ логики и эстетики. Какое же положеніе среди всѣхъ этихъ видовъ законовъ, а тѣмъ самымъ и въ системѣ нашего познанія міра, занимаютъ законы въ первоначальномъ смыслѣ этого слова, законы права?

«Всѣ люди должны умереть», «Ты не долженъ убивать» («Не убій»)—эти примѣры уясняютъ намъ различіе двухъ видовъ законовъ: законовъ необходимости и законовъ долженствованія; законовъ, имѣющихъ цѣлью высказать нѣчто, что неминуемо исполняется, и законовъ, которые постановляютъ нѣчто, что, возможно, останется и неисполненнымъ; законовъ, которые дѣйствуютъ вслѣдствіе своего согласія съ реальностью существующаго, и законовъ, которые дѣйствуютъ, несмотря на ихъ несогласіе съ этой реальностью; законовъ, которые рисуютъ картину дѣйствительно даннаго естественнаго міра, и законовъ, которые набрасываютъ планы лучшаго, культурнаго міра: естественныхъ законовъ и нормъ, или законовъ культуры. Ни для кого не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, въ какую изъ этихъ двухъ группъ слѣдуетъ зачислить правовыя нормы.

Но къ нормамъ человѣческаго поведенія относятся, кромѣ правовыхъ нормъ, еще и нормы нравовъ и нравственности. Среди нихъ исторически на первомъ мѣстѣ стоятъ нравы, отъ которыхъ лишь позже отдѣлилось сначала право и, наконецъ, нравственность. Этой исторической послѣдовательности трехъ нормативныхъ группъ соотвѣтствуетъ ихъ возрастающая смѣлость по отношенію къ реальности существующаго, постоянно увеличивающееся отступленіе ихъ идеаловъ отъ дѣйствительности. Предписаніе нравовъ еще вполнѣ несетъ на себѣ печать этой дѣйствительности: то, что до сихъ поръ постоянно происходило, что составляетъ традицію, должно происходить и впредь,— говоритъ оно, — а то, что всѣ дѣлаютъ, что вошло въ привычку, долженъ дѣлать и ты; оно преклоняется передъ вѣчно-вчерашнимъ, средній человѣкъ — его идеальный человѣкъ, нормальное становится для него нормативнымъ. Поэтому обѣ другихъ, болѣе свободныхъ отъ преклоненія передъ даннымъ, нормативныхъ группы и находятъ возможнымъ считать многіе

нравы неправомѣрными или безнравственными. Правда, въ своей первоначальной формѣ и правовая норма не больше отличается отъ фактически даннаго, чѣмъ предписаніе нравовъ, а обычное право лишь возвышаетъ постоянное до степени правомѣрнаго; но наряду съ обычаемъ возникаетъ, въ качествѣ второго, болѣе молодого источника права, законъ, устами котораго говоритъ уже не традиція, а человѣческая воля, которая вольна одобрить традицію или отбросить ее; такимъ образомъ, въ правовомъ законѣ норма раньше всего начинаетъ освобождаться изъ рабскаго плѣна фактически даннаго. Начинаетъ: ибо, если законодатель и можетъ дать своимъ требованіямъ любое содержаніе, которое лишь захочетъ, — все же правовое значеніе, осуществимость онъ можетъ имъ доставить лишь тогда, когда онъ не слишкомъ ужъ далеко оставитъ за собой реальную народную жизнь, иначе народная жизнь откажетъ ему въ подчиненіи; между тѣмъ законъ «дѣйствуетъ» лишь тогда, когда въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ своего примѣненія онъ можетъ разсчитывать на дѣйствительное исполненіе его, ибо для права существенно быть не только желаемымъ и долженствуемымъ, но и реально дѣйствующей въ народной жизни силой. При всей своей способности дѣлать въ отдѣльныхъ случаяхъ нововведенія, законъ поэтому въ общемъ и цѣломъ можетъ запечатлѣвать лишь тѣ нормы, которыя уже создало безъ его содѣйствія развитіе нравовъ, въ связи съ реальной народной жизнью; законъ будетъ составлять всегда, говоря словами марксистскаго ученія, лишь «надстройку» соціальной реальности. Только въ области нравственности норма полагаетъ себя совершенно независимой отъ дѣйствительности: заповѣдь «потому будьте совершенными, какъ вашъ Отецъ въ небѣ» «дѣйствуетъ» въ сферѣ христіанской этики внѣ зависимости отъ того, что она еще никогда не былъ выполнена ни однимъ человѣкомъ.

Намъ еще доселѣ памятны тѣ слова, которыми нравственность отдѣлилась отъ нравовъ и права для той культурной эпохи, въ которую мы живемъ: «Вы слышали, что сказано древнимъ: не убивай; кто же убьетъ, подлежитъ суду. А Я говорю вамъ, что всякій, гнѣвающійся на брата своего напрасно, подлежитъ суду... Вы слышали, что сказано древнимъ: не прелюбодѣйствуй. А Я говорю вамъ, что всякій, кто смотритъ на женщину съ вожделѣніемъ, уже прелюбодѣйствовалъ съ нею въ сердцѣ своемъ». Эти слова устанавливаютъ наряду съ выясненнымъ нами до сихъ поръ признакомъ разграниченія права и нравовъ, съ одной стороны, и нравственности, съ другой — различной степенью разстоянія между идеаломъ и дѣйствительностью — еще и второй признакъ: внутренній характеръ нравственности въ противоположность къ внѣшнему характеру права и нравовъ. Навстрѣчу фарисейской «справедливости», которая доволь-

ствуется выполненіемъ или воздержаніемъ отъ опредѣленныхъ дѣйствій, выступаетъ нравственность съ требованіями къ образу мыслей; навстрѣчу нормѣ: не убій! — выступаетъ норма: не питай ненависти! Соотвѣтственно этому сначала кажется, что нравственность обосновываетъ не иной какой-либо кругъ обязанностей, а лишь болѣе широкій кругъ ихъ, чѣмъ право и нравы — обязанности по отношенію къ образу мыслей наряду со старыми обязанностями по отношенію къ дѣйствію, — кажется, что нравственность относится къ праву и нравамъ, какъ бо́льшее къ меньшему, а право къ ней — какъ «этическій минимумъ» [1]); вѣдь, совершенно въ духѣ Того, Кто хотѣлъ не уничтожить, а исполнить законъ, и сегодня еще десять заповѣдей, и среди нихъ заповѣдь «не убій», излагаются какъ основа христіанской этики. Но въ дѣйствительности, эта заповѣдь, понятая, какъ нравственная заповѣдь, получила совершенно другое содержаніе, чѣмъ то, которое она имѣла въ качествѣ правовой заповѣди: для правовой заповѣди было достаточно, если человѣкъ щадилъ чужую жизнь, все равно изъ состраданія ли, трусости, страха, боязни наказанія или какой-либо иной причины; но нравственную заповѣдь того же содержанія человѣкъ выполняетъ лишь тогда, когда онъ это дѣлаетъ ради нея же самой, изъ благоговѣнія передъ заповѣдью и заповѣдавшимъ ее, изъ самоуваженія или, говоря религіознымъ языкомъ, ради Господа Бога. Такимъ образомъ становится яснымъ, что даже и тогда, когда нравственность требуетъ опредѣленнаго образа дѣйствій, она при этомъ въ дѣйствительности заинтересована лишь въ опредѣленномъ настроеніи ума, въ опредѣленномъ направленіи воли: «нѣтъ ничего въ мірѣ, и даже внѣ его, такого, что безъ ограниченія могло бы почитаться хорошимъ, кромѣ одной доброй воли» (Кантъ), — въ то время какъ, наоборотъ, право, когда оно связываетъ какія-либо правовыя послѣдствія съ образомъ мыслей, дѣлаетъ это исключительно изъ-за ожидаемыхъ отъ него дѣйствій. Поэтому отношенія, сущность которыхъ заключается не во внѣшнихъ дѣйствіяхъ, а въ настроеніи ума, изъ которыхъ первыя вытекаютъ, вообще неспособны къ правовой регулировкѣ; таково отношеніе къ Богу, къ возлюбленной, къ другу; отсюда и устраненіе наказаній за ересь и вѣроотступничество, отсюда и борьба за право на бракъ или «свободную любовь». Тѣмъ самымъ для нравственности отмежевана совершенно иная сфера, чѣмъ для права и нравовъ; для первой отмежевана внутренняя жизнь человѣка, для послѣднихъ — жизнь его во внѣ, его совмѣстная жизнь съ другими людьми; нравы и право служатъ дѣлу мира людей между собой,

[1]) См. Г. Еллинекъ, Соціально-этическое значеніе права, неправды и наказанія.

нравственность — миру каждаго человѣка съ самимъ собой, его уваженію передъ самимъ собой, или, выражаясь религіозно, его миру съ Богомъ. Потому-то у насъ есть нравственныя обязанности не только по отношенію къ другимъ, но и по отношенію къ намъ самимъ; напримѣръ, обязанность не обманывать не только другихъ, но и себя самаго; больше того: строго говоря, всѣ нравственныя обязанности являются обязанностями по отношенію къ намъ самимъ: кажущіяся обязанности по отношенію къ ближнему понимаются не въ томъ смыслѣ, что ихъ исполненіемъ мы обязаны передъ нимъ, а въ томъ смыслѣ, что мы обязаны передъ собой, передъ нашимъ лучшимъ я или, въ духѣ религіи, передъ Богомъ. «Кто ударитъ тебя въ правую щеку твою, обрати къ нему и другую; и кто захочетъ судиться съ тобою и взять у тебя рубашку, отдай ему и верхнюю одежду» — эти заповѣди не имѣютъ цѣлью давать ближнему право на ударъ въ щеку и одежду, но христіанинъ обязанъ передъ самимъ собой и Богомъ пріучать себя такимъ образомъ къ кротости. Если, такимъ образомъ, нравственность не знаетъ правъ, а лишь однѣ обязанности, то зато право, наоборотъ, совершенно не знаетъ обязанностей по отношенію къ самому себѣ: обязанность одного здѣсь всегда существуетъ лишь вслѣдствіе наличности права другого: должникъ долженъ платить потому, что кредиторъ имѣетъ право требовать. Замѣчательно, что право въ смыслѣ правового строя заимствуетъ свое названіе у права въ смыслѣ полномочія, въ то время какъ обязанность, чтобы не быть понятой какъ нравственная обязанность, должна быть точно названа правовой обязанностью. Тѣмъ обстоятельствомъ, что право, такимъ образомъ, имѣетъ своимъ предметомъ всегда отношенія между многими лицами, правомочными и обязанными, обусловливается и необходимость его установленія высшей властью, напримѣръ, законодателемъ, а для отдѣльнаго случая — судьей; ибо, если бы не ими рѣшался возможный споръ между взглядомъ управомоченнаго на сущность и размѣры его права и взглядомъ обязаннаго на сущность и размѣры его обязанности, то лишь одна сила кулака могла бы разсудить ихъ. Такимъ образомъ, къ внѣшнему характеру содержанія присоединяется, какъ дальнѣйшее отличіе права и нравовъ отъ нравственности, еще и внѣшній характеръ источника ихъ нормы: въ сферѣ нравовъ всѣ повелѣваютъ каждому, въ правѣ — единая воля всѣмъ, въ области нравственности — каждый лишь самому себѣ; права и нравы подчиняютъ человѣка «гетерономно» внѣшнимъ законамъ, въ сферѣ нравственности онъ «автономно» подчиняется лишь своей собственной совѣсти.

Но чѣмъ болѣе нравственность освобождается изъ плѣна нравовъ, тѣмъ болѣе собственная совѣсть предписываетъ различнымъ людямъ различное, и если мы до сихъ поръ въ каче-

ствѣ примѣровъ приводили лишь требованія христіанской совѣсти, то это было лишь потому, что для насъ они — единственно документально установленныя требованія, а не потому, что они единственно возможныя. Сколько есть совѣстей, столько возможныхъ нравственныхъ системъ, — но надъ всѣми ими царитъ одинъ лишь правовой строй! Нерѣдко полагали, что право, это— лишь необходимое орудіе борьбы съ человѣческой грѣховностью, долженствующее исчезнуть, когда человѣческій родъ когда-нибудь дорастетъ до безгрѣшной нравственности. Это — ошибка: ибо индивидуальное разнообразіе нравственной нормы дѣлаетъ ее не способной перенять когда-нибудь у права задачу упорядоченія общежитія, которое требуетъ единаго закона для всѣхъ. Наоборотъ, нравственность, какъ законъ внутренняго міра, не нуждается ни въ надъиндивидуальномъ равенствѣ, ни во внѣшнемъ законодателѣ, ни въ чужомъ судѣ, ни въ принужденіи. Вынужденіе нравственнаго поведенія помощью третьихъ лицъ даже немыслимо: ибо нравственные поступки по самому понятію своему могутъ проистекать лишь изъ нравственнаго убѣжденія и, слѣдовательно, никогда изъ внѣшняго принужденія, и если, напримѣръ, кому-либо примѣняемое воспитателемъ наказаніе ребенка кажется принужденіемъ къ нравственному поведенію, тотъ упускаетъ изъ виду, что это наказаніе не стремится вынудить исполненіе требованій совѣсти, а хочетъ еще вообще пробудить совѣсть или же укрѣпить ее. Наоборотъ, тѣ чисто-внѣшніе поступки, которыхъ достаточно для права и нравовъ, вполнѣ доступны принужденію.

И вотъ, сдѣлано ли было употребленіе изъ этой возможности принужденія или нѣтъ, — въ этомъ обстоятельствѣ пытались найти еще не разобранное нами различіе между правомъ и нравами. Но и къ услугамъ нравовъ часто имѣются очень убѣдительныя средства принужденія, — достаточно вспомнить, напримѣръ, объ общественныхъ послѣдствіяхъ отказа отъ дуэли; съ другой стороны, и у права не хватаетъ для многихъ его предписаній возможности принужденія, ибо не можетъ же въ безконечной цѣпи за каждымъ чиновникомъ стоять другой, который бы его съ своей стороны принуждалъ къ исполненію своихъ обязанностей. Такимъ же недостаточнымъ для проведенія границы между нравами и правомъ оказывается ученіе о томъ, что носителемъ нравовъ является неорганизованная народная группа, общество, а носителемъ права, наоборотъ, организація, предпочтительно государство; ибо обычное право творится въ сторонѣ отъ государства обществомъ, а нравы, съ другой стороны, вполнѣ могутъ быть установлены какой-либо организаціей, напр., въ ея уставѣ. Попытка найти между правомъ и нравами иное различіе, чѣмъ лишь въ степени большаго или меньшаго значенія ихъ для порядка общежитія, до

сихъ поръ не удавалась, и все же яркое разграниченіе ихъ было бы необходимо даже для практическихъ потребностей права, такъ какъ принципіально суды обязаны отклонять искъ, основанный лишь на нравахъ, а не и на правѣ. Однако законодательство (особенно германское гражданское уложеніе) считается съ невозможностью принципіальнаго разграниченія нравовъ и права въ томъ отношеніи, что оно во все большемъ и большемъ размѣрѣ признаетъ юридическія послѣдствія и за такимъ поведеніемъ, которое нарушаетъ лишь «добрые нравы».

Однако изъ до сихъ поръ настойчиво подчеркиваемаго матеріальнаго разграниченія предписаній права и нравовъ отъ предписаній нравственности нисколько не должно быть сдѣлано заключенія о совершенномъ отсутствіи связи между этими обѣими сферами нормативнаго. Право и нравы не въ состояніи оправдать изъ себя самихъ примѣняемаго ими принужденія. Правда, они обладаютъ силой проведенія себя въ жизнь — безъ этой силы они не могли бы притязать на дѣйствіе, — но они не обладаютъ способностью убѣдить въ своей правомѣрности и обязательности того, кто принужденъ, скрежеща зубами, подчиняться этой силѣ, и еще менѣе того, кто умѣетъ насмѣшливо уклоняться отъ нихъ. Кто, вопреки неискоренимому чувству различія между правомъ и силой, полагаетъ, что оправданіе правовыхъ нормъ существуетъ независимо отъ ихъ убѣдительности и дается уже вмѣстѣ съ ихъ фактическимъ дѣйствіемъ и что (вмѣстѣ съ Іерингомъ) право можно опредѣлить какъ «политику силы», — тотъ незамѣтно признаетъ вмѣстѣ съ этимъ опредѣленіемъ то, что онъ хотѣлъ бы оспаривать; ибо въ чемъ же иномъ вообще можетъ заключаться эта политика, какъ не въ томъ, что сила сама себѣ благоразумно ставитъ рамки, въ предѣлахъ которыхъ она можетъ ожидать отъ подчиненныхъ ей признанія ея правомѣрности? Но признанія этой правомѣрности и правовыя нормы могутъ добиваться лишь передъ тѣмъ трибуналомъ, передъ которымъ долженъ искать оправданія всякій человѣческій поступокъ: передъ нравственностью; причемъ, если нравственное оправданіе правовыхъ нормъ не можетъ быть найдено въ нравственномъ характерѣ ихъ содержанія, то изъ-за этого еще не исключается возможность найти его въ нравственномъ характерѣ ихъ цѣли. Такимъ образомъ, эти разсужденія приводятъ насъ къ слѣдующей проблемѣ: проблемѣ цѣли права.

Нормами, или законами культуры мы назвали выше законы нравовъ, права и нравственности, и вмѣстѣ съ этими этическими также и логическія и эстетическія нормы. Ибо совокупность того, что всѣ онѣ стремятся осуществить, составляетъ культуру; культурой же мы называемъ наличный составъ тѣхъ логическихъ, эстетическихъ и этическихъ цѣнностей, того истин-

наго, красиваго и добраго, того научнаго пониманія, художественнаго творчества, нравственной цѣльности и соціальной упорядоченности, что объединяетъ въ себѣ опредѣленный человѣкъ, опредѣленный народъ, опредѣленная эпоха. Этимъ самымъ уже намѣчена возможность двояко опредѣлить сущность культуры, а вмѣстѣ съ тѣмъ и сущность права: соотвѣтствующаго опредѣленію носителя культуры должны мы видѣть въ культурномъ человѣкѣ—или въ культурномъ произведеніи, культурномъ твореніи опредѣленнаго народа, опредѣленнаго времени или, какъ обычно вмѣсто этого неточно выражаются, въ культурной націи, культурной эпохѣ самой? Но эти оба взгляда на культуру обусловливаютъ и различную іерархію культурныхъ цѣнностей, противоположную оцѣнку объективирующихся въ культурныхъ твореніяхъ логическихъ и эстетическихъ цѣнностей, въ ихъ отношеніи къ олицетворяющимся лишь въ своемъ собственномъ *я* нравственнымъ цѣнностямъ. Если носителемъ культуры считать культурнаго человѣка, тогда творенія искусства и науки составляютъ лишь орудія культуры, лишь тотъ резервуаръ, изъ котораго питается индивидуальное образованіе,— цѣль же культуры составляетъ тогда лишь нравственная личность. Если, наоборотъ, носителемъ культуры является твореніе культуры, то цѣль культуры достигнута уже въ произведеніяхъ искусства и науки, а нравственная личность цѣнна лишь постольку, поскольку она въ качествѣ служебнаго органа содѣйствуетъ этому міру объективированныхъ цѣнностей. Въ первомъ случаѣ цѣль культуры осуществляется лишь въ субъективной, во второмъ случаѣ — уже въ объективной культурѣ. Въ первомъ случаѣ цѣль культуры достигается лишь тогда, когда каждый индивидуумъ, подобно монадѣ, отражаетъ культурныя творенія всего соціальнаго организма, во второмъ — цѣль достигается уже въ этихъ самыхъ культурныхъ твореніяхъ, даже когда они распредѣляются между многочисленными членами соціальнаго организма. Тамъ—персонификація цѣнностей,здѣсь — объективація цѣнностей; здѣсь смыслъ жизни составляетъ то, что индивидуумъ творитъ, а тамъ — то, что онъ являетъ собою. Эта противоположность персоналистическаго и трансперсоналистическаго воззрѣній повторяется въ области религіи —«вѣра» или «дѣла?»,— но особенно важна она для пониманія права. Правовой строй, который по существу своему проявляется не въ отдѣльной личности, а во всемъ соціальномъ организмѣ, можетъ являться или лишь орудіемъ культуры, если личность будетъ признана носительницей культуры, или цѣлью культуры, если культурное твореніе, культурная нація будетъ считаться этой носительницей. Правовой строй, такимъ образомъ, относится къ этимъ обоимъ воззрѣніямъ на культуру какъ разъ обратно тому, какъ относится нравственная личность, которая лишь съ персонали-

стической точки зрѣнія на культуру представляетъ собою цѣль культуры, съ трансперсоналистической же точки зрѣнія на культуру, наоборотъ, является лишь орудіемъ культуры.

Такъ противостоятъ другъ другу два воззрѣнія на задачу права и государства, противоположность которыхъ, проникая вплоть до самыхъ спеціальныхъ спорныхъ вопросовъ политики, постоянно будетъ встрѣчаться намъ на пути [1]). Согласно одному воззрѣнію, право и государство находятся на службѣ индивидуумовъ — не столько на службѣ ихъ матеріальнаго благополучія, «всеобщаго счастья», какъ это часто выражаютъ противники этого воззрѣнія, сколько на службѣ ихъ культурнаго назначенія; правовой строй заботится о томъ, чтобы человѣкъ не былъ принужденъ неустанно таращить свои глаза, подобно караульнымъ, а чтобы онъ могъ ихъ иногда беззаботно поднимать къ звѣздамъ и цвѣтущимъ деревьямъ, къ необходимости и красотѣ бытія; чтобы непрерывающійся крикъ самосохраненія затихалъ, по крайней мѣрѣ, настолько, чтобы могъ вообще быть услышанъ тихій голосъ совѣсти, — онъ создаетъ, такимъ образомъ, первыя предпосылки личной культуры, научнаго, художественнаго и нравственнаго образованія. Такимъ образомъ, и по этому воззрѣнію право обладаетъ этическимъ достоинствомъ, но послѣднее выводится лишь изъ той этической цѣнности, которую право имѣетъ для отдѣльныхъ членовъ правового общежитія; право, слѣдовательно, имѣетъ лишь заимствованную отъ этики индивидуума, а не собственную цѣнность. Напротивъ, такую сверхъиндивидуалистическую цѣнность, независимую отъ того, что оно помимо этого можетъ еще давать индивидуумамъ, цѣнность самостоятельную признаетъ за правомъ другое воззрѣніе: въ правѣ воплощается справедливость, а справедливость въ общежитіи представляетъ собою цѣнность, послѣднюю цѣль, самоцѣль. Какъ разъ философъ, который принципіально не сочувствуетъ этому сверхъиндивидуалистическому воззрѣнію на право, нашелъ для него самое яркое выраженіе (Кантъ): «Если бы даже гражданское общежитіе разошлось съ согласія всѣхъ его членовъ (если бы, напримѣръ, населяющій островъ народъ рѣшилъ разойтись и разсѣяться по всему свѣту), то послѣдній находящійся въ тюрьмѣ убійца долженъ былъ бы быть сначала казненъ для того, чтобы каждому воздалось то, чего заслуживаютъ его дѣянія, и надъ народомъ не тяготѣло пролитіе крови». Если согласно индивидуалистическому ученію право существуетъ ради людей, то по этому воззрѣнію люди живутъ ради права: «если справедливость погибнетъ, то

[1]) Рѣшающимъ указаніемъ въ этомъ основномъ вопросѣ я обязанъ Э. Ласку; ср. его статью «Rechtsphilosophie» въ сборникѣ Виндельбанда: «Die Philosophie im Beginn des 20 Jahrhunderts», 2 Aufl 1907.

нѣтъ никакого смысла болѣе въ томъ, чтобы люди жили на землѣ», говоритъ опять Кантъ; но паѳосъ этого воззрѣнія звучитъ еще сильнѣе, быть можетъ, именно вслѣдствіе крайней непатетичности его выраженія, въ знаменитомъ кабинетскомъ указѣ Фридриха Вильгельма I: «Его Величество въ юности тоже проходили школу и учили латинскую пословицу: fiat justitia et pereat mundus. Итакъ, Они симъ повелѣваютъ, чтобы убійца былъ при помощи меча лишенъ жизни и преданъ смерти. Но когда военный судъ объявитъ убійцѣ это рѣшеніе, то пусть ему скажетъ, что Его Величеству жалко его, но что лучше, чтобы онъ умеръ, чѣмъ, чтобы погибло правосудіе». Паѳосу абсолютности, который здѣсь почіетъ на правѣ и государствѣ, вся индивидуалистическая философія права и государства не можетъ противопоставить ничего, равно захватывающаго; для нея право и государство составляютъ въ конечномъ счетѣ лишь средство къ средствамъ на службѣ индивидуума, техническія мѣры самой трезвой цѣлесообразности, необходимое зло, такъ что, хотя и индивидуализмъ обладаетъ своимъ паѳосомъ абсолютности, все же онъ почіетъ въ другомъ мѣстѣ, а не на правѣ и государствѣ: на индивидуальности, слѣдовательно, по ту или по сю сторону идеи государства: «тамъ, гдѣ прекращается государство, начинается человѣкъ, который не является лишнимъ; тамъ начинается пѣсня о необходимомъ, единственная и незамѣнимая мелодія» (Ницше — Заратустра).

Каждое изъ этихъ обоихъ воззрѣній представляетъ себѣ свой государственный идеалъ въ опредѣленномъ образѣ. Сверхъиндивидуалистическое воззрѣніе представляетъ его себѣ въ образѣ организма, человѣка въ крупномъ масштабѣ: подобно тому, какъ въ нашемъ тѣлѣ, и въ хорошемъ государствѣ не цѣлое существуетъ ради частей, а части ради цѣлаго*). Индивидуалистическое воззрѣніе рисуетъ его себѣ въ еще болѣе извѣстномъ видѣ договора: лишь то государство можетъ быть оправдано, которое мыслимо какъ созданіе добровольнаго, руководимаго лишь хорошо понятыми собственными интересами, соглашенія его членовъ. Будучи приложенъ къ государству, эпиграфомъ котораго была королевская фраза: «L'Etat c'est Moi», такой масштабъ долженъ былъ его уничтожить въ одно мгновеніе, и, такимъ образомъ, ученіе объ общественномъ договорѣ въ той формѣ, которую ему далъ Ж. Ж. Руссо (1762), стало государственно-теоретическимъ оружіемъ французской революціи,— въ то время какъ глубокомысленная сага о баснѣ Менения Агриппы, наоборотъ, органической теоріи государства приписываетъ за-

---

[1]) Главнымъ представителемъ органической теоріи государства является Отто Гирке; см. для начала его рѣчь: „Das Wesen der menschlichen Verbände". 1902.

слугу прекращенія гражданской войны. Придать правно-философско-политическимъ нормамъ оцѣнки агитаторскую яркость — такова, слѣдовательно, цѣль этихъ образовъ. Большое, хотя и очень частое недоразумѣніе составляетъ желаніе видѣть въ нихъ вмѣсто требованій, направленныхъ къ государственному строю, мнѣнія о происхожденіи государства. Договорная теорія говоритъ только, что достойное государство должно быть мыслимымъ не иначе, какъ созданіе договора его членовъ, но отнюдь не то, что историческія государства дѣйствительно создались при помощи такихъ договоровъ. Что́ можетъ оправдать подчиненіе индивидуума государству,—такъ приблизительно гласятъ вступительныя слова Руссо, — это пожалуй, я въ состояніи объяснить; но что создало это подчиненіе, этого я не знаю и это меня не интересуетъ. Но мы въ настоящее время знаемъ, что старѣйшія государства, во всякомъ случаѣ, обязаны своимъ происхожденіемъ не договорамъ, не цѣлесознательнымъ творческимъ актамъ индивидуумовъ, что самостоятельность индивидуумовъ составляетъ не исходный пунктъ, а результатъ историческаго развитія, и что въ общежитіи, какъ въ жизни организма, цѣлое старше своихъ частей. Если бы организмъ и договоръ представляли собою наглядные образы происхожденія государства, то ихъ споръ долженъ былъ бы считаться рѣшеннымъ въ пользу органическаго ученія о государствѣ, — въ то время какъ между ними, какъ образами противоположныхъ государственныхъ идеаловъ — какъ вообще между идеалами—не можетъ быть сдѣланъ выборъ съ научной общеобязательностью. Противоположность государственно-философскихъ воззрѣній требуетъ отъ насъ не рѣшенія, а выясненія отношенія; разумъ долженъ передъ нею замолчать, лишь путемъ самоанализа почерпнутая изъ глубины личности воля можетъ, различно у каждаго человѣка, сдѣлать выборъ: философія, которую выбираютъ, зависитъ отъ того, какой человѣкъ ее выбираетъ,—гласитъ извѣстная формула.

Она могла бы сказать и такъ: выборъ зависитъ отъ того, къ какой партіи человѣкъ примыкаетъ; ибо борьба политическихъ партій является видимой внѣшней стороной указанной нами противоположности государственно-философскихъ системъ — еще и въ наши дни, когда партіи изъ организацій борющихся государственныхъ идеаловъ все больше превращаются въ организаціи борющихся классовыхъ интересовъ. Ученіе о сверхъиндивидуалистической самоцѣнности государства философъ права и политики Шталь (ум. въ 1861 г.) положилъ въ основу консервативной партіи*). Подчеркивать и

---

[1]) Ср. въ особенности Stahl, Die gegenwärtigen Parteien in Staat und Kirche. 1863.

помощью государственной мощи показывать какъ превосходство государственныхъ задачъ надъ интересами даже большинства членовъ государства, такъ и первоначальный, а не выводимый лишь изъ добровольнаго подчиненія подданныхъ авторитетъ государственной власти, божественное происхожденіе этой власти — все это поэтому составляетъ ея сущность. Противоположное, индивидуалистическое ученіе о томъ, что государство заимствуетъ все свое достоинство у индивидуумовъ, что оно не должно притязать ни на какую-либо иную цѣнность, кромѣ той, которую оно имѣетъ для индивидуумовъ,— составляетъ государственную доктрину либерализма. Въ интересахъ индивидуумовъ онъ беретъ данный въ опытѣ масштабъ для опредѣленія того, цѣнны или нецѣнны существующія государственныв учрежденія, и становится, такимъ образомъ, носителемъ критики и реформы, «прогрессивной партіей», въ то время какъ консерватизмъ, неспособный свести съ неба свой сверхъиндивидуалистическій и потому сверхъэмпирическій масштабъ, склоненъ консервировать исторически-данное, а дальнѣйшее его развитіе, предоставить тихо дѣйствующей мудрости міровой исторіи. Если названіе «прогрессивной партіи» подчеркиваетъ противоположность индивидуализма съ консерватизмомъ, то зато наименованіе «либерализма» имѣетъ цѣлью подчеркнуть его боевую позицію по отношенію къ выросшему на одинаковой индивидуалистической почвѣ воззрѣнію на государство: къ идеологіи полицейскаго государства. Ибо и послѣдняя придерживается индивидуализма, но лишь первой частью своего девиза: «Все для народа—ничего черезъ народъ», и вотъ противъ второй-то части и была направлена борьба либерализма. Полицейское государство хотѣло осчастливить и воспитать индивидуума, не считаясь съ желаніемъ послѣдняго; либерализмъ хочетъ его освободить съ тѣмъ, чтобы онъ самъ могъ стать кузнецомъ своего счастья и своей цѣнности. Нравственная цѣнность, по его взглядамъ, не можетъ быть человѣку насильственно придана, а можетъ быть лишь имъ самимъ завоевана актомъ свободы.

По своей идеологической противоположности къ полицейскому государству и по общему индивидуалистическому міровоззрѣнію связанной съ либерализмомъ и въ то же время идеологически рѣзко отличающейся отъ него является демократія. Обозначеніемъ ея въ качествѣ лѣваго либерализма совершенно ложно устанавливается ея будто бы лишь количественное отличіе отъ истиннаго либерализма; ошибочность этого станетъ вполнѣ ясной, если вспомнить противоположность міровоззрѣній между радикальнѣйшей формой демократіи—соціализмомъ, и доведеннымъ до послѣдняго предѣла либерализмомъ—анархизмомъ. Эту противоположность міровоззрѣній можно было бы формулировать въ алгебраическихъ терминахъ въ томъ смыслѣ, что демокра-

тіей индивидууму приписывается лишь конечная, либерализмомъ же—безконечная, слѣдовательно, болѣе не увеличиваемая цѣнность. Демократія должна жертвовать интересами индивидуума ради одинаково важныхъ интересовъ большинства; либерализмъ же признаетъ сферу свободы индивидуума, передъ которой должны остановиться какіе бы то ни было важные интересы какого бы то ни было сильнаго большинства: признанная уже за индивидуумомъ безконечная цѣнность не можетъ быть превзойдена даже суммой цѣнностей подавляющаго большинства. Основанія этой различной оцѣнки индивидуума либерализмомъ и демократіей, повидимому, слѣдуетъ искать въ различной структурѣ у нихъ понятія цѣнности. По одному воззрѣнію, нравственная цѣнность является обязательнымъ въ одинаковой степени для всѣхъ, матеріально-опредѣленнымъ примѣромъ — будь то «святой» или «сверхчеловѣкъ», — который поэтому и можетъ въ принципѣ быть совершенно воплощеннымъ въ отдѣльномъ индивидуумѣ; по другому воззрѣнію, нравственная цѣнность, это — форма, которая лишь черезъ ея примѣненіе къ различнымъ индивидуумамъ получаетъ свое содержаніе, причемъ для каждаго индивидуума — другое содержаніе, и, слѣдовательно, для своего возможно яркаго воплощенія нуждается въ возможно большемъ числѣ индивидуумовъ.

Напротивъ того, буржуазная и соціалистическая демократія отличаются другъ отъ друга не противоположностью міровоззрѣній, не въ опредѣленіи цѣлей, но въ опредѣленіи средствъ, размѣровъ, границъ государственной дѣятельности, въ особенности въ отношеніи вопроса, насколько государство должно предоставить производство и распредѣленіе хозяйственныхъ благъ свободной игрѣ силъ или, наоборотъ, взять въ свои собственныя руки. Сложное среднее положеніе между индивидуалистическимъ и сверхъиндивидуалистическимъ воззрѣніями на государство занимаетъ, наконецъ, партія католическаго центра*). Католицизмъ, политической организаціей котораго должна быть разсматриваема партія центра, придерживается вмѣстѣ съ консерватизмомъ сверхъиндивидуалистической системы цѣнностей. Тотъ самый признакъ, который разграничиваетъ консервативныя и либеральныя государственныя воззрѣнія, отличаетъ и католическія церковныя воззрѣнія отъ протестантскихъ: для протестантизма церковь—лишь средство на службѣ единственно цѣнныхъ въ религіозномъ отношеніи отдѣльныхъ душъ, для католицизма церковь — сама святыня, носительница сверхъиндивидуалистической религіозной самоцѣн-

---

[1]) Изложеніемъ католическихъ воззрѣній на право и государство центра является книга. Frh. v. Hertling, Recht, Staat und Gesellschaft (Sammlung Kösel).

ности; и если для католицизма носителемъ сверхъиндивидуалистическаго авторитета прежде всего является, правда, не государство, а церковь, то все же онъ готовъ разрѣшить благомыслящему государству, въ качествѣ слуги царства Божія, быть участникомъ этого авторитета. Но, съ другой стороны, въ арсеналѣ католической государственной философіи, еще со временъ Августина, находятся и такія теченія мысли, которыя даютъ возможность представлять государство, враждебное церкви, въ видѣ простого орудія индивидуалистическихъ матеріальныхъ цѣлей, безъ всякой связи съ Божіимъ царствомъ нравственныхъ цѣнностей, и клеймить его какъ необходимое зло, даже какъ твореніе дьявола. Такъ объясняется то обстоятельство, что нѣтъ ни одной партіи, съ которой бы не сближали когда-либо партію центра мѣняющіяся фигуры политическаго хоровода. Но и между остальными партіями мыслимы болѣе разнообразныя связи, чѣмъ тѣ, которыя можно бы предвидѣть на основаніи нашего по необходимости слишкомъ прямолинейнаго расположенія матеріала. Даже между обоими противоположными полюсами, консерватизмомъ и демократіей, существуютъ возможности соприкосновенія. Если демократія послѣднюю цѣнность видитъ не въ многообразіи отдѣльныхъ голосовъ, а въ единствѣ пѣсни, въ которой они всѣ сливаются, то переходъ къ сверхъ-индивидуалистическому, консервативному воззрѣнію уже незамѣтно совершился. Въ качествѣ конкретнаго примѣра можетъ намъ служить Гарибальди, который великолѣпно олицетворилъ связь демократизма съ націонализмомъ, и Лассаль, который защищалъ ее программно, опредѣляя свое отношеніе къ итальянской войнѣ. То, что все-же, несмотря на эти замѣчанія, продолжаетъ еще казаться доктринерской упрощенностью въ установленной нами здѣсь партійной схемѣ, мы полагаемъ, будетъ устранено при испытаніи ея на отдѣльныхъ практическихъ вопросахъ въ слѣдующихъ главахъ*).

Если бы помощью высказанныхъ разсужденій удалось точно опредѣлить цѣль права, то и установленіе цѣлесправедливаго порядка общежитія, справедливаго права составляло бы разрѣшимую съ научной общеобязательностью задачу. Вѣра въ эту возможность составляла сущность большой философско-правовой школы, которая цвѣла въ семнадцатомъ вѣкѣ, а въ восемнадцатомъ принесла богатую жатву: школы естественнаго права. Естественныя науки, которыя у права заимствовали свое основное понятіе, понятіе естественнаго закона, отблагодарили обратнымъ даромъ естественнаго права. Подобно естествен-

[1]) Противъ этого ученія о партіяхъ высказались Grabowsky, Kaufmann, Richard Schmidt. Однако для возраженія имъ здѣсь нѣтъ мѣста.

ному закону, и правовой законъ долженъ быть человѣкомъ не изобрѣтенъ, а лишь открытъ, не постановленъ, а лишь установленъ. Подобно естественному закону, онъ одинаковъ для всѣхъ временъ и народовъ, и, подобно значимости естественнаго закона («и все же она движется!»), и значимость правового закона стоитъ выше произвола человѣческихъ законодателей; передъ познаннымъ наукой естественнымъ правомъ значеніе отклоняющихся человѣческихъ установленій должно блѣднѣть, какъ ошибка передъ истиной. Государственное законодательство становится научнымъ воззрѣніемъ наряду съ другими, и философъ права занимаетъ положеніе законодателя.

Но мы уже знаемъ невозможность дать на вопросъ о цѣли права иной отвѣтъ, чѣмъ перечисленіе разнообразныхъ партійныхъ мнѣній объ этомъ. Уже одна и та же эпоха, и одинъ и тотъ же народъ даютъ одновременно примѣры противоположныхъ воззрѣній на цѣль и, тѣмъ самымъ, и на организацію правового строя, и эти воззрѣнія представителямъ ихъ кажутся всѣ одинаково «естественными», и разсудить ихъ съ общеобязательной силой наука не въ состояніи, — мы не говоримъ уже объ историческихъ измѣненіяхъ и національномъ разнообразіи правовыхъ взглядовъ. Итакъ, идея естественнаго права была ошибкой, но то была одна изъ плодотворнѣйшихъ ошибокъ, какія только могутъ быть. То — старая «хитрость міровой исторіи»: право, для котораго она хочетъ добиться осуществленія, она выдаетъ за уже дѣйствующее, а право, которое хотѣла бы отмѣнить, она выдаетъ за уже отмѣненное,—и такимъ путемъ вѣкъ просвѣщенія, подъ ложнымъ знаменемъ вѣчно и всюду обязательнаго естественнаго права, добился побѣды для своихъ политически-правовыхъ требованій. Тѣмъ самымъ эта волшебная формула выполнила свою культурно-историческую миссію, но вмѣстѣ съ тѣмъ и потеряла свою вліятельность.

Но устроеніе общежитія не можетъ быть предоставлено правовымъ воззрѣніямъ живущихъ совмѣстно индивидуумовъ, которыя различнымъ людямъ, возможно, будутъ давать противоположныя указанія; оно, наоборотъ, требуетъ регулировки нѣкоей сверхъиндивидуальной инстанціей, и если разумъ и наука не въ состояніи выполнить этой задачи, то ее должны взять на себя воля и сила: если никто не можетъ познать, что́ справедливо, то кто-нибудь долженъ установить, что должно считаться правомъ. Теперь считается общепризнаннымъ, что иного права, кромѣ «установленнаго», «положительнаго», не существуетъ. Но чтобы установленное право удовлетворяло своему назначенію устранять столкновенія противоположныхъ правовыхъ воззрѣній путемъ авторитетнаго предписанія, установленіе права должно принадлежать такой волѣ, которой доступно и проведеніе его въ жизнь вопреки всякому противодѣйствующему

правовому воззрѣнію: обществу, которое предписываетъ въ формѣ обычнаго права, государству, которое предписываетъ въ формѣ закона. Даже любое отдѣльное правовое предписаніе общества или государства можетъ быть разсматриваемо какъ «дѣйствующее» право лишь тогда, когда оно не только имѣется «на бумагѣ», но превратилось и въ правило жизни, хотя бы въ исключительныхъ случаяхъ и было нарушаемо противодѣйствіемъ. Лишь то, но зато все то, что призванная къ установленію права воля устанавливаетъ и проводитъ, составляетъ дѣйствующее право.

Если, такимъ образомъ, юридическая значимость правового предписанія коренится единственно лишь въ силѣ устанавливающей право воли, то связь между юридическою значимостью и нравственной обязательностью, которая была нами найдена окольнымъ путемъ, черезъ нравственную цѣль правового строя, кажется опять безнадежно порвавшейся. Ибо юридическая значимость правовой нормы тѣмъ самымъ становится независимой отъ справедливости ея содержанія; правовая же норма, которую адресатъ считаетъ несправедливой, повидимому, является для него лишь нравственно необязательнымъ требованіемъ силы; и трагедія, начиная съ Антигоны Софокла вплоть до нашихъ дней, возвеличиваетъ того, кто въ такомъ конфликтѣ между правомъ и нравственностью не боится нарушенія права и его послѣдствій. Но, съ другой стороны, мы не отказываемъ въ признаніи и тому судьѣ, который въ подобномъ конфликтѣ между правомъ и нравственностью не даетъ своему противоборствующему чувству справедливости пошатнуть его вѣрность закону, и это признаніе, очевидно, покоится также на нравственной нормѣ и не можетъ, слѣдовательно, быть приписаннымъ побѣдѣ права надъ нравственностью. Такимъ образомъ, кажущійся конфликтъ между правомъ и нравственностью въ дѣйствительности долженъ представлять собою коллизію двухъ нравственныхъ обязанностей: исполненіе и несправедливаго закона, слѣдовательно, должно являться не только правовой, но и нравственной обязанностью, не только простымъ требованіемъ силы, но и обязательной нормой. И дѣйствительно, всякій законъ, безотносительно къ справедливости его содержанія, выполняетъ уже самымъ фактомъ своего существованія нравственную цѣль: кладя предѣлъ борьбѣ противоположныхъ правовыхъ воззрѣній, онъ создаетъ устойчивость права въ обществѣ. Но признаніе этого создаетъ вообще для юридической значимости фундаментъ нравственной обязательности: если она не выводима изъ матеріальной справедливости правовой нормы, то она, во всякомъ случаѣ, основывается на создаваемой ея существованіемъ устойчивости права. Правда, этимъ самымъ утверждается лишь то, что не только справедливость составляетъ нравственную цѣнность, но и лояльность даже по отношенію къ несправедливому закону; но какая изъ

этихъ обѣихъ цѣнностей, съ другой стороны, должна считаться высшей въ случаѣ такого конфликта, не можетъ быть рѣшено съ общеобязательной силой. Сущность анархизма и составляетъ именно утвержденіе безусловнаго преимущества справедливости передъ устойчивостью права, отрицаніе положительнаго права и правополагающей власти и склоненіе въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ сталкивающихся правовыхъ воззрѣній на путь взаимнаго убѣжденія. Съ другой стороны, существуетъ профессія, заключающая въ себѣ нравственную обязанность предпочитать всегда, въ предѣлахъ ея осуществленія, справедливости устойчивость права: это — профессія практическаго юриста. Жертвовать собственнымъ чувствомъ права передъ исходящимъ отъ авторитета предписаніемъ права; спрашивать лишь о томъ, что составляетъ право, а отнюдь не о томъ, справедливо ли это вмѣстѣ съ тѣмъ; служить возможной несправедливости въ такой профессіи, которая не можетъ быть радостно обслуживаемой безъ любви къ справедливости — такова задача и трагедія юриста. «Сохранять вопреки какому бы то ни было движенію сердца или соблазну ума сатанинское или божественное равнодушіе къ сущности и содержанію права — въ этомъ юридическая геніальность», говоритъ съ горькимъ сознаніемъ философъ права, который какъ никто другой понялъ вытекающій изъ положительности всякаго права формализмъ юридической профессіи[1]). Такое умонастроеніе юриста, пріобрѣтаемое имъ самимъ лишь строгой дисциплиной, простому человѣку никогда не становится понятнымъ. Ему кажется неслыханнымъ, что противъ несправедливаго закона онъ не можетъ апеллировать къ солнечно-ясной, какъ ему кажется, справедливости, такъ же какъ его пониманію недоступно то, что не существуетъ для него болѣе никакого средства противъ кажущагося ему неправильнымъ приговора высшей инстанціи. Его незадумывающееся правовое чувство не мирится съ тѣмъ, чтобы идея справедливости меньше владѣла душой ея призваннаго служителя, чѣмъ его собственной, чтобы первый могъ жертвовать живой справедливостью ради листа бумаги иначе, какъ по злой волѣ. Законная сила неправильнаго рѣшенія и дѣйствіе несправедливаго закона кажутся ему досчатыми стѣнами, которыя, будучи произвольно поставлены человѣческими руками между нимъ и его правомъ, все же какъ-нибудь, тоже произвольно, должны быть проломлены. Онъ требуетъ, онъ умоляетъ о пропускѣ, онъ бросается, наконецъ, головой въ неумолимую преграду — онъ становится сутягой. На отдѣльномъ, а тѣмъ болѣе на собственномъ правовомъ конфликтѣ какъ разъ трудно познать то, что юристу постоянно напоминаетъ обзоръ всей правовой жизни: что куда болѣе важно

[1]) Z. Knapp, System der Rechtsphilosophie. 1857.

то, что борьбѣ вообще положенъ предѣлъ — борьбѣ за правовую норму закономъ, борьбѣ за конкретный правовой исходъ дѣла вошедшимъ въ законную силу судебнымъ рѣшеніемъ, — чѣмъ то, что ей положенъ справедливый предѣлъ; что существованіе правового строя важнѣе, чѣмъ справедливость его, что справедливость составляетъ вторую великую задачу права, первую же составляетъ устойчивость права, миръ.

Ничто не въ состояніи лучше оттѣнить характеръ правовой нормы, какъ «категорическаго императива», какъ предписанія, которое притязаетъ на осуществимость безотносительно къ убѣдительности его содержанія, уже въ силу одного своего существованія, чѣмъ языкъ права, тѣмъ болѣе, что онъ, образовавшись лишь съ конца восемнадцатаго столѣтія вмѣстѣ съ современнымъ государствомъ, при всей своей удивительной послѣдовательности, все же не составляетъ творенія одного какого-нибудь извѣстнаго по имени лица и, быть-можетъ, вообще не составляетъ какого-либо сознательнаго творенія, а является тѣломъ, которое создалъ себѣ духъ права. Ничто, далѣе, не въ состояніи яснѣе, чѣмъ онъ, показать, что̀ можетъ право давать своимъ ученикамъ — и чего не можетъ давать. Ибо нашъ языкъ права отличается не столько тѣмъ, что ему присуще, сколько тѣмъ, чего ему не хватаетъ въ сравненіи съ обычными стилями языка и въ сравненіи съ менѣе развитымъ языкомъ права прошлыхъ временъ. Для удобства назовемъ эти отвергнутые нынѣшнимъ стилемъ законовъ способы выраженія эмоціональнымъ, раціональнымъ и доктринерскимъ элементами.

Прежде всего стиль нашихъ законовъ исключилъ эмоціональный элементъ. Онъ требуетъ свободы отъ аффекта, безчувственности, отсутствія нюансировки, присущихъ математической формулѣ. Тотъ, кто ищетъ «поэзіи въ правѣ» или «юмора въ правѣ», долженъ погрузиться, подъ руководствомъ Якова Гримма или Отто Гирке, въ далекое германское прошлое. Но и законодатели еще не такъ далеко отстоящей отъ насъ эпохи всѣ отдаютъ дань риторическому избытку чувствъ. Они стараются внушить къ себѣ уваженіе пышностью величаваго языка. Они негодуютъ въ сильныхъ прилагательныхъ на отвратительность преступленій, особенно противъ величества, религіи и нравственности; употребленіемъ условнаго наклоненія — «если же кто-либо посмѣетъ» — они дѣлаютъ видъ, что не могутъ представить себѣ даже возможности такихъ позорныхъ дѣяній; они какъ-будто берутъ въ серьезъ прекрасное изреченіе римскихъ юристовъ о томъ, что безнравственное должно намъ казаться и невозможнымъ. Болѣе того, они краснѣютъ; предусматривало же «Прусское всеобщее земское право» (1794) «содомію и другіе подобные неестественные пороки, которые вслѣдствіе своей от-

418487
С.С.С.Р. ИНСТИТУТ К. Маркса и Ф. Энгельса Ц.И.К.

вратительности не могутъ быть здѣсь и названы». Но всѣ эти ихъ старанія, конечно, возбуждаютъ лишь подозрѣнія въ томъ, что они болѣе довѣряютъ вліянію своего краснорѣчія, чѣмъ силѣ своего авторитета. Современный законодатель пришелъ къ убѣжденію, что неприличествуетъ ему уговаривать: онъ лишь приказываетъ.

Стиль нашихъ законовъ исключилъ, далѣе, раціональный элементъ. Въ эпоху просвѣщеннаго деспотизма доброжелательные законодатели любили излагать въ своихъ предписаніяхъ и ratio legis, цѣль закона и, такимъ образомъ, основывать подчиненіе закону на собственномъ убѣжденіи адресата. Но тотъ, кто спускается до того, чтобы убѣждать въ цѣлесообразности своихъ предписаній, тѣмъ самымъ лишается повиновенія въ томъ случаѣ, когда адресатъ предписанія не убѣжденъ въ наличности ея. Онъ низводитъ обязательное въ силу одного своего существованія предписаніе до степени совѣта, дѣйствительнаго лишь въ мѣру его убѣдительности. Между тѣмъ своеобразіе правового закона составляетъ именно то, что онъ, будучи изданъ ради опредѣленной цѣли, тѣмъ не менѣе требуетъ себѣ подчиненія отнюдь не ради этой цѣли и не постольку, поскольку онъ ей служитъ, а подчиненія безусловнаго. Поэтому современный законодатель никогда не употребляетъ слова «ибо». Не убѣждать, а приказывать — таковъ смыслъ его задачи, если адресатъ долженъ быть пріученъ къ тому, чтобы не разсуждать, а подчиняться. Потому-то языкъ современныхъ законовъ и принялъ характеръ рѣзкости военной команды.

Наконецъ, стиль нашихъ законовъ исключилъ доктринерскій элементъ. Что задача законодателя заключается въ предписываніи того, что должно быть правомъ, а не въ сообщеніи и поученіи о томъ, какое есть право, это запечатлѣлось сначала въ сознаніи, а позже и въ способахъ выраженія законодателя лишь въ результатѣ долгаго развитія. Среднимъ вѣкамъ было еще непривычно различіе между сборниками права («Rechtsbücher»), которые излагаютъ дѣйствующія въ силу обычая правовыя нормы и могутъ притязать на дѣйствіе лишь постольку, поскольку они ихъ вѣрно излагаютъ, и законодательными кодексами («Gesetzbücher»), которые сами составляютъ источникъ дѣйствія своихъ правовыхъ нормъ и потому безусловно должны притязать на дѣйствіе ихъ; такъ называемый Sachsenspiegel, частный сборникъ законовъ Eikes von Repgow'a (ок. 1225), обладалъ почти абсолютнымъ авторитетомъ законодательнаго кодекса, а такъ называемая Каролина, уголовный кодексъ старой германской имперіи (1532), едва могла добиться сомнительнаго значенія какого-то сборника права. Но до тѣхъ поръ, пока законъ, какъ источникъ права, не различается отъ простыхъ сборниковъ права, онъ можетъ говорить лишь языкомъ поученія

праву, а не языкомъ правового предписанія. Даже новые вѣка еще предписывали законодательному кодексу лишь задачу начертанія уже дѣйствующаго въ силу другого источника права, правда, уже болѣе не обычнаго права, а естественнаго. Законодательные кодексы становятся какъ бы облеченными авторитетомъ учебниками естественнаго права и отвыкаютъ отъ доктринальнаго тона каѳедры лишь постепенно, по мѣрѣ того, какъ пробиваетъ себѣ дорогу сознаніе, что не существуетъ никакого естественнаго права, что законодатель не находитъ права готовымъ, а лишь создаетъ его своимъ предписаніемъ. Современный законодательный кодексъ, напротивъ того, не содержитъ ни одного предложенія, которое бы заключало въ себѣ не предписаніе или составную часть предписанія, а лишь поучительное изложеніе того, что было уже предписано, будь то даже имъ самимъ, въ другомъ мѣстѣ. Онъ считаетъ излишнимъ приходить на помощь неповоротливости, забывчивости и невнимательности адресата, напримѣръ, иллюстраціей общаго предписанія закона примѣрами его конкретнаго примѣненія или напоминаніемъ ему еще разъ уже установленной правовой нормы по поводу другой, значеніе которой становится яснымъ лишь черезъ первую, или подчеркиваніемъ курсивомъ незамѣтнаго, но важнаго слова. Онъ даже пренебрегаетъ выясненіемъ отношеній своихъ правовыхъ нормъ другъ къ другу, напримѣръ, отношенія противоположности или исключенія, при помощи частицъ «наоборотъ», «въ видѣ исключенія»; вѣдь и онѣ бы носили характеръ поученія, разъ эти отношенія могутъ быть выяснены уже изъ самаго содержанія правовыхъ нормъ. Безъ связи другъ съ другомъ, больше того: насильственно разъединенныя параграфами и красными строками стоятъ отдѣльныя правовыя нормы другъ подлѣ друга, пріятное теченіе рѣчи чуждо языку закона. Конечно, законъ, который, послѣдовательно проникшись своимъ характеромъ предписанія, въ такой степени освобождается отъ всякаго поучительнаго тона и тѣмъ самымъ лишается общедоступности, требуетъ съ необходимостью науки права, которая бы переняла на его мѣстѣ задачу обученія праву. Jus vigilantibus scriptum — чуткихъ слушателей предполагаетъ законодатель, обладающій тѣмъ даромъ чуткости, который достигается лишь при долгомъ профессіональномъ общеніи съ закономъ.

Что же остается еще для языка закона послѣ такого многообразнаго отреченія? Ригористическій аскетизмъ средствъ выраженія, стоическая скупость словъ, которая свои чувства, свою ненависть и свою любовь выражаетъ не въ словахъ, а лишь въ дѣлахъ, трезвая бѣдность. Но вмѣстѣ съ тѣмъ добровольная и гордая бѣдность, свободно избранная бѣдность лапидарнаго стиля, которая непревзойденно выражаетъ величіе категорическаго императива и увѣренный въ себѣ авторитетъ повелѣвающа-

го государства. Разсказываютъ, что Стендаль чтеніемъ нѣсколькихъ страницъ Code Napoléon обычно готовился къ собственному творчеству. Не кажется ли, что именно вслѣдствіе этого рѣзкаго отрицанія эстетическихъ цѣнностей, языку закона незамѣтно придается эстетическая цѣнность особеннаго рода, — подобно тому, какъ въ самоотверженномъ посвященіи себя дѣлу чѣловѣкъ незамѣтно чувствуетъ себя еще бслѣе высшей личностью?

Но языкъ не составляетъ единственно возможной оболочки права, не всякое установленное правоо есть «писаное право». Установленіе права можетъ исправить только въ формѣ закона отъ организованнаго народнаго цѣлаго, отъ государства; оно можетъ скорѣе исходить и отъ общества, неорганизованнаго народнаго цѣлаго, которое фактическій обычай постепенно облекаетъ убѣжденіемъ правовой необходимости и, такимъ образомъ, претворяетъ его въ обычное право, — но и этимъ традиціоннымъ двудѣленіемъ формъ проявленія права далеко еще не исчерпываются возможности правообразованія. Изъ обоихъ источниковъ права обычно вытекаютъ совпадающія правовыя нормы, будь то потому, что примѣнявшійся до сихъ поръ правовой обычай былъ возвышенъ до закона, былъ «кодифицированъ», будь то потому, что исполненіе закона превратилось въ обычай; но возможно и то, что законъ стремится устранить старый обычай, а обычай стремится подавить устарѣвшее право закона. Эту борьбу между закономъ и обычаемъ за первенство пытаются въ наши дни юридически разрѣшить въ томъ или иномъ смыслѣ такимъ образомъ, что или просто указываютъ на фактическое превосходство обычнаго права или, наоборотъ, обычное право, въ качествѣ лишь терпимаго государствомъ, подчиняютъ созданному государствомъ закону. Въ дѣйствительности же, въ этомъ вопросѣ можно быть лишь стороной, а отнюдь не судьей, ибо не существуетъ никакой вытекающей изъ третьяго, выше стоящаго, источника права нормы для рѣшенія спора между закономъ и обычаемъ; это не правовой споръ, а соревнованіе силъ, которое въ современномъ государствѣ большей частью рѣшается въ пользу государственнаго права, а въ менѣе консолидированныхъ государственныхъ образованіяхъ прошлаго обычно рѣшался въ пользу обычнаго права.

Но вопросъ о преимуществѣ обычнаго или законнаго права ставился не только въ качествѣ юридической, но и правнофилософско-политической проблемы. «Помощью внутреннихъ, тихо дѣйствующихъ силъ, а не по произволу законодателя» (Савиньи) развивается право, — утверждаютъ съ одной стороны; «цѣль — вотъ творецъ всего права» (Іерингъ), — звучитъ въ отвѣтъ съ другой стороны [1]). Въ то время какъ индивидуализмъ, съ яс-

[1]) Іерингъ. Цѣль въ правѣ. 4-е изданіе 1904, 1905.

нымъ масштабомъ индивидуальныхъ интересовъ въ рукѣ, всегда готовъ къ осуждающей критикѣ и законодательной реформаторской работѣ, — консерватизмъ, по взглядамъ котораго право обращено къ стоящей надъ индивидуальными интересами и потому для индивидуума скрытой цѣли, стремится отнять развитіе права у ограниченнаго произвола индивидуумовъ и предоставить его инстинктивному движенію правового чувства, которое выше любого индивидуальнаго разума, такъ какъ въ немъ проявляется разумъ сверхъиндивидуалистическаго цѣлаго, голосъ народа и тѣмъ самымъ Бога. Подобно тому, какъ по виталистическимъ воззрѣніямъ организмъ создается не путемъ совмѣстнаго дѣйствія атомистическихъ отдѣльныхъ силъ, а при помощи «жизненной силы» цѣлаго, — и право должно исходить не изъ индивидуальнаго разума одного человѣка, а въ видѣ обычнаго права изъ живущаго въ отдѣльномъ человѣкѣ «народнаго духа». Знаменитое сравненіе права съ языкомъ имѣетъ цѣлью наглядно представить безсознательное творчество права народнымъ духомъ. Это консервативное ученіе въ ту эпоху, которая подчеркивала преимущество народной пѣсни передъ искусственной, въ эпоху романтики, приняло форму научнаго направленія, подъ названіемъ «исторической школы права» и, такимъ образомъ, почти безъ исключенія владѣло умами XIX вѣка. Правда, это ученіе не могло помѣшать тому, что это же столѣтіе, все болѣе вытѣсняя обычное право, развило такую законодательную дѣятельность, какъ никакое до него, но зато оно повліяло на то, что наука права принимала въ послѣдней меньшее участіе, чѣмъ слѣдовало; что наука, погруженная въ подготовленіе для судьи дѣйствующаго въ данный моментъ права или даже въ изслѣдованіе давно минувшаго права, оставила безъ вниманія свою вторую задачу: предуказанія законодателю дальнѣйшаго направленія путемъ оцѣнки дѣйствующаго права и построенія болѣе правильнаго права. Лишь соціальная идея нашей эпохи принудила право выступить изъ его самодовольной изоляціи и опредѣлить свое мѣсто въ системѣ соціальныхъ средствъ и цѣлей. Программа оріентированной на «соціальномъ идеалѣ» науки о «правильномъ правѣ» открыла для познанія права новые горизонты[1]), а потребность законодательства въ научномъ обоснованіи его дѣловой реформаторской работы — сначала надъ гражданскимъ, а теперь и надъ уголовнымъ и процессуальнымъ правомъ — позаботилась уже о томъ, чтобы эта научная правовая политика не оставалась лишь программой. Такимъ образомъ, наука права двадцатаго вѣка, очевидно, стремится возобновить традиціи восемнадцатаго

[1]) Введеніемъ въ „Ученіе о правильномъ правѣ“ Штаммлера служитъ его статья въ сборникѣ „Systematische Rechtswissenschaft“.

столѣтія, однако, съ однимъ большимъ различіемъ: въ то время какъ восемнадцатый вѣкъ полагалъ, что въ лицѣ естественнаго права онъ обладаетъ годнымъ для всѣхъ временъ и всѣхъ народовъ масштабомъ для оцѣнки и преобразованія права, историческая школа, которая, правда, вмѣстѣ съ естественно-правовой критикой права ошибочно отказалась и отъ всякой научной критики права, оставила двадцатому вѣку въ наслѣдство сознаніе того, что правильное право различно у каждаго народа, у каждой эпохи, больше того, что оно различно понимается каждымъ человѣкомъ, въ зависимости отъ его міровоззрѣнія и политической точки зрѣнія.

Начинающій юристъ обычно слушаетъ два историческихъ курса о нѣмецкомъ правѣ: «исторію нѣмецкаго права» и «развитіе права въ Пруссіи», исторію права старой германской имперіи и исторію права того нѣмецкаго государства, которое создало новую германскую имперію: первую исторію — въ нисходящей, вторую — въ восходящей линіи развитія. Старая имперія распадается подобно тому, какъ постепенно разрушается старый замокъ, постепенно обвивается паутиной, и своими пустыми окнами и потрескавшимися башнями дѣлается все живописнѣе, все поэтичнѣе, но и все неудобнѣе для проживанія въ немъ; и передъ этимъ идеаломъ обычнаго правообразованія останавливается въ восторженномъ изумленіи историческая школа права, которую можно назвать и романтической. Но изъ нѣдръ умирающей имперіи расцвѣла новая жизнь: нѣмецкія территоріи, особенно Бранденбургъ - Пруссія. Здѣсь не полагались на мудрость народнаго духа, на внутреннія, тихо дѣйствующія силы міровой исторіи, на инстинктъ, который въ своемъ скрытомъ движеніи уже самъ нащупаетъ правильный путь; здѣсь, на отвоеванной у Ведовъ колоніальной землѣ, царилъ сходный съ американскимъ духъ, царили сознательныя цѣли и энергичныя средства. Это было менѣе поэтично, менѣе романтично, менѣе симпатично, а, наоборотъ, въ духѣ просвѣщенія вѣка Фридриха, трезво, ясно, рѣзко; но въ результатѣ явилась новая имперія, которая, съ своей стороны, за короткое время своего существованія создала больше законовъ, чѣмъ старая имперія въ теченіе цѣлаго тысячелѣтія. Такой приговоръ вынесла исторія надъ «исторической школой права»!

Главой «исторической школы права» былъ Фридрихъ Карлъ Савиньи (1779—1861). Когда въ 1814 году чувство патріотизма эпохи освободительныхъ войнъ, по устраненіи господства чуждаго французскаго завоевателя, потребовало также устраненія и господства чуждаго римскаго права помощью нѣмецкаго гражданскаго уложенія, онъ, прославляя развитіе права путемъ обычая, отрицалъ у своей эпохи «призваніе къ законодатель-

ству»[1]). Правда, эта эпоха, какъ разъ за годъ до этого, убѣдительно доказала свое призваніе къ законодательству баварскимъ уголовнымъ уложеніемъ 1813 года, которое предуказало путь нѣмецкому уголовному законодательству на полвѣка впередъ. То было произведеніе Ансельма Фейербаха (1775—1833), и именно онъ и защищалъ въ мастерской статьѣ противъ Савиньи законное право[2]). Но Фейербахъ и Савиньи стали для насъ олицетвореніями не только этихъ обоихъ противоположныхъ воззрѣній на развитіе права, но еще и тѣхъ болѣе глубокихъ противоположностей, которыя лежатъ въ основѣ первыхъ. Фейербахъ, дисциплинированный Кантовскимъ критицизмомъ, «неистовый борецъ за просвѣщеніе» (по опредѣленію Treitschke), является представителемъ индивидуалистическаго, Савиньи же, романтикъ, — представителемъ сверхъиндивидуалистическаго взгляда на право. Новѣйшая германская наука права должна себя считать счастливой, что ея воспріемниками при крещеніи были такихъ два различныхъ и все же равноцѣнныхъ человѣка. Какъ бы для того, чтобы раскрыть всю свою широту, германскій духъ, на золотой зарѣ прошлаго столѣтія, разслоился на свои отдаленнѣйшія противоположности въ области науки права такъ же точно, какъ въ царствѣ поэзіи. Вполнѣ справедливо противоположность Савиньи и Фейербаха сводили къ тому же источнику, что и противоположность Гёте и Шиллера, и вплоть до своеобразія стилей доказывали родство между Фейербахомъ и Шиллеромъ, Савиньи и Гёте: тамъ ораторскій паѳосъ антитезы, который обычно проистекаетъ изъ противорѣчія между дѣйствительностью и идеаломъ, здѣсь въ себѣ самой покоющаяся гармонія тѣхъ людей, которые монистически ищутъ и находятъ разумъ въ вещахъ; стиль Фейербаха и Шиллера подобенъ мосту, который въ смѣлыхъ взлетахъ перекидывается съ одного столба на другой, слогъ Савиньи и Гёте подобенъ тихому величію стремящагося внизъ потока. Тамъ — титаны, здѣсь — олимпійцы. Не безъ грусти глядимъ мы сегодня на эпоху, въ которой такъ допустимо сравнивать ея учителей права съ ея поэтами, на эпоху, въ которой наука права еще принимала участіе въ тончайшихъ движеніяхъ мысли; именно поэтому пусть эти оба человѣка, которые стоятъ у колыбели современной науки права, привѣтствуютъ, напоминая о себѣ, начинающаго юриста и въ началѣ этого Введенія въ науку права.

---

[1]) Savigny. Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenchaft. 1814.

[2]) Feuerbach. Kleine Schriften vermischten Inhalts. 1833.

Государственное право.

Законъ, какъ мы видѣли, въ настоящее время почти совершенно выбилъ изъ позицій обычное право. Но такъ какъ законъ имѣетъ своей предпосылкой государство въ качествѣ законодателя, то намъ и слѣдуетъ его, какъ источникъ, можно сказать, всякаго права, разсмотрѣть въ первую очередь.

Но государство представляетъ собою не только источникъ права, оно вмѣстѣ съ тѣмъ и результатъ права: ибо свою конструкцію, и тѣмъ самымъ свое юридическое существованіе, оно выводитъ изъ конституціоннаго, государственнаго права. Такъ какъ, однако, и сама эта конституція государства представляетъ собою государственный законъ, то мы стоимъ передъ неразрѣшимымъ противорѣчіемъ, заключающимся въ томъ, что государство имѣетъ своей предпосылкой государственное право, а государственное право, съ своей стороны, — само государство; стоимъ передъ непонятнымъ первоначальнымъ зарожденіемъ права изъ дѣйствительности. Подобно тому, какъ Аѳина вышла вооруженной изъ головы Зевса, и государство, съ самаго начала одѣтое въ броню государственнаго права, появляется изъ дѣйствительности исторической жизни, чтобы потомъ дать жизнь всякому иному праву, жизнь, которая съ необходимостью наслѣдуетъ черты своего создателя, государства и государственнаго права.

Нѣмецкое государство нашей эпохи пріобрѣло свои характерныя черты въ результатѣ разрѣшенія двухъ проблемъ, передъ которыми его поставило прошлое столѣтіе: конституціонной и національной проблемы. Первая проблема была сначала рѣшена въ нѣмецкихъ отдѣльныхъ государствахъ, а вторая — послѣ, путемъ ихъ объединенія въ Германскую имперію.

Когда мы узнаемъ, что въ старой германской имперіи принимали участіе въ веденіи государственныхъ дѣлъ наряду съ императоромъ — рейхстагъ, а въ его территоріяхъ наряду съ государемъ — сословія, то несвѣдущему легко можетъ показаться, что въ этомъ сословномъ государствѣ слѣдуетъ искать непосредственный источникъ характерныхъ для конституціоннаго государства народныхъ представительствъ. Правда, въ Англіи, дѣйствительно, конституціонное народное представительство произошло изъ преобразованія старыхъ государственныхъ сословій, и именно поэтому создалось много ранѣе, чѣмъ на континентѣ; но въ линіи континентальнаго развитія, напротивъ,

между старымъ сословнымъ и современнымъ конституціоннымъ государствомъ находится средняя ступень абсолютнаго государства. Ибо приходилось вѣдь не только сдѣлать лишь одинъ шагъ отъ сословнаго государства къ конституціонному съ тѣмъ, чтобы превратить сословія изъ представительствъ интересовъ однихъ привиллегированныхъ классовъ, дворянства и духовенства, въ представительства всего народа; а приходилось раньше, чѣмъ стало возможнымъ выработать идею конституціоннаго государства, проводить еще идею государства вообще. Ибо для опредѣленія сущности нормальнаго государства требуется, чтобы оно было суверенно, представляло собою высшую власть на землѣ, не терпѣло никакой власти надъ собою, а въ своихъ предѣлахъ — никакой власти рядомъ съ собою. Но при такомъ взглядѣ сословное государство, если представляется намъ вообще какимъ-либо государственнымъ образованіемъ, то двуединствомъ сросшихся другъ съ другомъ или въѣвшихся другъ въ друга государствъ: на одной сторонѣ — государь, неограниченно господствующій, однако лишь въ предѣлахъ своихъ доменовъ; на другой сторонѣ — сословія, съ почти такимъ же неограниченнымъ господствомъ надъ своими подвластными, облагающія ихъ налогами, производящія судъ и расправу, призывающія къ отбыванію воинской повинности, безъ созыва собирающіяся и ведущія переговоры съ государемъ на основѣ равноправія, подчиняющіяся послѣднему лишь постольку, поскольку они ему подчиняются добровольно и путемъ леннаго договора обязываются къ исполненію воинской повинности, а — путемъ согласія на испрашиваемые имъ налоги — къ финансовой поддержкѣ, даже ведущія сношенія съ иностранными державами черезъ собственныхъ пословъ и сталкивающіяся съ политикой государя. Анархическое двоевластіе сословнаго государства ведетъ съ необходимостью къ постоянной борьбѣ за самодержавіе, и въ то время, какъ во Франціи въ борьбѣ между королемъ и вассалами побѣдила корона, и потому національное единство было тамъ достигнуто на столько столѣтій ранѣе насъ, — въ старой германской имперіи, наоборотъ, имперскимъ сословіямъ, государямъ территорій, удалось низвести имперію до степени ничтожества, но зато, съ своей стороны, завоевать суверенитетъ какъ во внѣ по отношенію къ императору, такъ и внутри по отношенію къ своимъ сословіямъ. Эпиграфомъ для этихъ побѣдоносныхъ войнъ стали для насъ крѣпкія слова Фридриха Вильгельма I: «Ich komme zu meinen Zweck und stabiliere die Souveränität und setze die Krone fest wie einen Rocher von Bronse und lasse die Herren Junker den Wind vom Landtage» [1]). То была

[1]) «Я иду къ моей цѣли, утверждаю суверенитетъ и укрѣпляю корону, какъ нѣкую бронзовую скалу, и господъ дворянъ я гоню къ черту изъ ландтага».

миссія абсолютнаго государства—создать прежде всего подъ видомъ суверенитета монарха суверенитетъ государства, единство государственной власти, государство въ современномъ смыслѣ. Но уже на почвѣ абсолютнаго государства начинается развитіе, которое должно было вывести за предѣлы его. Двѣ королевскихъ фразы, фраза Людовика XIV: «L'Etat c'est Moi» и фраза Фридриха Великаго о томъ, что князь — лишь первый слуга государства, отмѣчаютъ исходный и конечный пунктъ пути, который велъ отъ взгляда на корону, какъ на право, къ взгляду на нее, какъ на должность, отъ взгляда на монарха, какъ на собственника государства, къ взгляду на него, какъ на органъ государства. Но разъ положеніе монарха въ качествѣ органа было познано, то индивидуалистическое ученіе о государствѣ должно было тотчасъ спросить себя, почему же именно онъ долженъ знать и соблюдать тѣ индивидуальные интересы, на службѣ которыхъ онъ, такимъ образомъ, состоитъ, лучше чѣмъ сами носители этихъ интересовъ; почему то, что дѣлается для народа, не можетъ лучше дѣлаться самимъ народомъ, а вслѣдствіе этого и потребовать участія народнаго представительства въ образованіи государственной воли. Лишь съ однимъ сверхъиндивидуалистическимъ воззрѣніемъ на государство совмѣстима хозяйская организація государства: государственныя цѣли, которыя превосходятъ цѣли индивидуумовъ, могутъ быть, вѣроятно, лучше всего олицетворены органами, которые, не черпая своей власти у индивидуумовъ, господствуютъ надъ ними, — индивидуалистическое же воззрѣніе на государство требуетъ коллективной организаціи государства.

Эта конституціонная идея нашла въ «ученіи о раздѣленіи властей» Монтескьё («Духъ законовъ» 1748) ту формулировку, въ которой она стала исторически вліятельной. Монтескье подмѣтилъ, какъ ему казалось, въ англійской конституціонной жизни, что тѣ три функціи, въ которыхъ проявляется государственная власть, не должны быть сосредоточены въ рукахъ одного органа, дабы на мѣстѣ закона не царилъ произволъ: монархъ, правда, долженъ, какъ и прежде, оставаться главой управленія, но управленіе само должно свободно проявляться лишь въ предѣлахъ закона, а законодательство, какъ и правосудіе, будучи изъятыми изъ сферы свободнаго усмотрѣнія монарха, должны быть выполняемы, первое — имъ лишь въ согласіи съ народнымъ представительствомъ, а второе — черезъ независимыхъ отъ него судей.

Изъ этихъ трехъ требованій: участія народа въ законодательствѣ, закономѣрности управленія и независимости правосудія, насъ интересуетъ сейчасъ прежде всего лишь первое. Но оно не исчерпываетъ сущности конституціоннаго государства. «Государство, въ коемъ неприкосновенность правъ человѣка

и гражданина не обезпечена, а раздѣленіе властей — не узаконено, не обладаетъ конституціей» — сказано въ «Декларации правъ человѣка и гражданина» 1789 года. Свобода, которую конституціонное государство стремится установить, имѣетъ наряду съ своей положительной стороной, именно участіемъ гражданъ въ государствѣ, еще и отрицательную сторону: свободу гражданъ отъ государства, гарантію неприкосновенной для государства сферы свободы индивидуума, признаніе непереходимыхъ границъ для государственной дѣятельности. Абсолютное полицейское государство не знало такихъ границъ, стремилось защитить своихъ подданныхъ не только отъ другихъ подданныхъ, но и отъ собственнаго ихъ ограниченнаго вѣрноподданнаго разума и дать имъ счастье принудительно и за счетъ ихъ свободы; то, что не запрещено — предписано, а не только разрѣшено, — было его девизомъ! Въ одномъ баденскомъ регламентѣ отъ 1766 года сказано слѣдующее: «нашъ княжескій кабинетъ является естественнымъ опекуномъ нашихъ подданныхъ. Его обязанностью является предохранять ихъ отъ ошибокъ и направлять на путь истинный,—немедля и даже противъ ихъ воли обучать ихъ, какъ имъ слѣдуетъ устраивать свое собственное хозяйство». Конституціонное государство съ этой системой опеки порвало тѣмъ, что отъ опредѣленныхъ областей оно молчаливо устранилось, а другія области объявило, по примѣру французской декларации 1789 года, въ основныхъ или иныхъ законахъ категорически неприкосновенными. Но и такая категорическая гарантія основныхъ правъ, какъ, напримѣръ, равенства передъ закономъ, личной свободы, неприкосновенности жилища и имущества, свободы совѣсти и культа, свободы науки и ея ученій, свободы союзовъ и собраній въ Прусской конституціи или свободы печати, свободы выбора занятій, свободы коалиціи, передвиженія въ спеціальныхъ законахъ, имѣетъ для законодательства лишь програмное, а не безусловно обязательное значеніе. Установленіе границъ дѣятельности конституціоннаго государства подчинено исторіи; такъ, напримѣръ, развитое, въ особенности Вильгельмомъ Гумбольдтомъ (1792), старо-либеральное ученіе о томъ, что государство, въ качествѣ «правового государства», должно ограничиваться лишь обезпеченіемъ своихъ членовъ отъ неправды, смѣнилось соціальной идеей о томъ, что государство, въ качествѣ «культурнаго государства», должно обращать вниманіе и на положительное содѣйствіе своимъ гражданамъ. Только положеніе о томъ, что существуетъ нѣкоторая, въ различной мѣрѣ ограниченная, свобода гражданъ отъ государства, наряду съ идеей объ ихъ участіи въ государствѣ, для конституціонной мысли является существеннымъ, а для идеи «правового гоудрства» въ другомъ, болѣе общемъ смыслѣ этого слова—и достаточнымъ.

Всякое участіе народа въ законодательствѣ юридически можетъ быть понято двоякимъ образомъ: въ то время какъ одно ученіе считаетъ самую государственную власть распредѣленной между монархомъ и народнымъ представительствомъ соотвѣтственно ихъ компетенціи, — другое ученіе полагаетъ, что государственная власть въ конституціонномъ, какъ и въ абсолютномъ государствѣ, принадлежитъ одному лишь монарху и что лишь въ проявленіи ея онъ связанъ съ согласіемъ народнаго представительства. Согласно первому воззрѣнію, юридическая сила парламента, какъ и юридическая сила монарха должна быть выводима лишь изъ конституціи; согласно второму, наоборотъ: юридическая сила самой конституціи выводима лишь изъ государственной власти монарха, который ее даровалъ; эта государственная власть монарха сама добровольно обязала себя, путемъ конституціи, въ своемъ проявленіи къ совмѣстной дѣятельности съ народнымъ представительствомъ. Это второе ученіе было Вѣнскимъ заключительнымъ актомъ (1820) положено въ основу конституцій нѣмецкихъ государствъ: «Такъ какъ Германскій Союзъ состоитъ, за исключеніемъ свободныхъ городовъ, изъ суверенныхъ монарховъ, то, согласно данному тѣмъ самымъ основному принципу, вся государственная власть должна быть сосредоточена въ рукахъ главы государства, и суверенъ лишь въ проявленіи опредѣленныхъ правъ можетъ быть, согласно конституціи отдѣльнаго государства, связанъ съ сотрудничествомъ сословій». Этотъ «монархическій принципъ», который монарха ставитъ надъ конституціей, впослѣдствіи служилъ оправданіемъ одностороннему отнятію монархами изданныхъ конституцій; еще въ 1907 году онъ долженъ былъ оказать эту услугу въ Россіи изданному государемъ, вопреки конституціи безъ содѣйствія Государственной Думы, выборному закону. Оффиціальная государственная доктрина нѣмецкихъ государствъ еще и понынѣ крѣпко держится монархическаго принципа; такъ какъ однако никто болѣе не думаетъ о томъ, чтобы выводить изъ него отмѣняемость конституціи, то это когда-то столь опасное оружіе реакціи въ настоящее время превратилось въ безвредную формулу государственно-правового куріальнаго стиля. Въ качествѣ юридической конструкціи монархическій принципъ едва ли можетъ имѣть значеніе, но онъ правильно выражаетъ политическій фактъ: преобладаніе монархическаго элемента надъ парламентскимъ въ германской конституціонной жизни. Ибо то равновѣсіе между короной и народнымъ представительствомъ, которое рисуетъ себѣ конституціонная доктрина, не можетъ быть инымъ, какъ неустойчивымъ. Что будетъ, если по поводу конституціонно необходимаго акта законодательства, напримѣръ, бюджета, не будетъ достигнуто необходимое для него, согласно конституціи, единеніе между короной и на-

роднымъ представительствомъ? Конституціонное государственное право не можетъ дать юридическаго рѣшенія такихъ конфликтовъ, если только оно не хочетъ, вопреки своему существу, признать преимущества за тѣмъ или другимъ; оно, наоборотъ, можетъ предоставить рѣшеніе вопроса лишь политической борьбѣ силъ обоихъ соперничающихъ факторовъ. Но эта борьба для Германіи, особенно послѣ исхода прусскаго конфликта (1862—1866), пока рѣшена въ пользу монархическаго фактора.

Противоположный исходъ привелъ бы къ парламентарному режиму. Для парламентски управляемаго государства, какова въ особенности Англія, характерно, что король беретъ министровъ всегда изъ парламентскаго большинства, и такъ какъ въ данномъ вопросѣ, какъ и въ другихъ, онъ не можетъ издавать распоряженій, обладающихъ государственно-правовой силой, безъ контрассигнованія министра, то здѣсь, вопреки ученію о раздѣленіи властей, парламентъ объединяетъ въ своей власти вмѣстѣ съ законодательствомъ и управленіе, которое онъ осуществляетъ черезъ назначенное изъ его большинства министерство, въ то время какъ роль короля выражается въ словахъ: «король царствуетъ, но не управляетъ». Но такъ какъ, однако, парламентскій режимъ не составляетъ правового института въ томъ смыслѣ, чтобы онъ основывался на непререкаемыхъ словахъ конституціи, а скорѣе постоянно устанавливается и поддерживается лишь силой политическихъ фактовъ, то у монарха является правовая, а при случаѣ, — напримѣръ, при парламентскомъ кризисѣ, — еще и политическая возможность становиться на соотвѣтствующую неприкосновенному тексту конституціи точку зрѣнія конституціоннаго монарха, т. е. свободнаго выбора министровъ. Несмотря, однако, на это, монархія, управляемая на основѣ парламентаризма, и монархія управляемая и на основѣ раздѣленія властей, какъ, напримѣръ, Италія и Пруссія, въ политическомъ отношеніи отличаются другъ отъ друга сильнѣе, чѣмъ парламентски управляемыя монархія и республика, какъ, напримѣръ, Италія и Франція. Ибо послѣднія два государства представляютъ собою одинаково формы демократіи, абсолютизма большинства, въ то время какъ монархія, основанная на раздѣленіи властей, сталкиваетъ другъ съ другомъ обоихъ претендентовъ на абсолютизмъ, монарха и большинство, въ пользу нерушимыхъ правъ свободы индивидуума, являющагося tertius gaudens, и потому представляетъ собою либеральное государственное образованіе. Въ основанной на раздѣленіи властей монархіи гражданская свобода является по существу свободой отъ государства, въ парламентски же управляемой монархіи она является, главнымъ образомъ, участіемъ въ государствѣ. Въ томъ мірѣ политическихъ идей, изъ которыхъ питалась французская революція, эти проти ворѣчія содержались еще не раскрытыми. Тогда считали возмож

нымъ въ одно и то же время признавать, съ одной стороны, теорію Монтескьё о раздѣленіи властей и американскія деклараціи правъ человѣка, а, съ другой, ученіе Руссо о народномъ суверенитетѣ. Лишь Георгъ Еллинекъ окончательно вскрылъ пропасть, которая существуетъ между демократическимъ ученіемъ о государствѣ Руссо и деклараціей правъ 1789 года [1]).

Результатомъ описаннаго развитія конституцій явилось то, что въ Германіи существуетъ наряду съ тремя городскими республиками и двумя до сихъ поръ еще сословными монархіями — обоими государствами Мекленбургъ — двадцать конституціонныхъ монархій.

Надъ этими двадцатью пятью колоннами возвышается куполомъ Германская имперія. Объединить двадцать пять государствъ въ одномъ государствѣ, множество государствъ спаять единствомъ имперіи, и въ то же время сохранить въ единствѣ имперіи множественность государствъ — такова была задача, которую духъ нашего народа поставилъ передъ творцомъ его зданія. Ибо нѣмецкая душа такъ создана, что какъ бы она ни стремилась къ единству, она все же хочетъ видѣть въ немъ и разнообразіе не устраненнымъ, а сохраненнымъ; она такъ создана, что ея философія пытается въ универсальность идеи внести и своеобразіе индивидуальности, ея искусство — въ величіе стиля обиліе любовно замѣченныхъ деталей, а также и ея политика — въ могучее развитіе цѣлаго пестрое богатство партикуляристической своеобразной жизни; потому-то въ Германіи полныя противорѣчій и, быть-можетъ, именно поэтому и особенно привлекательныя попытки — часты, полная же удача — рѣдка и суждена лишь великимъ изъ великихъ. Конституція Германской имперіи, которую Бисмаркъ будто-бы продиктовалъ въ одну ночь, представляетъ собою такую удачу, политическій фактъ такого своеобразія, что юридическая мысль лишь съ трудомъ могла продумать ее.

Дѣло въ томъ, что до тѣхъ поръ неотъемлемымъ свойствомъ каждаго государства считали суверенитетъ, и вслѣдствіе этого не могли представить себѣ идеи объединенныхъ въ одно общее государство множества отдѣльныхъ государствъ, союзнаго государства, чего, какъ казалось, требовали Германская имперія, а до нея уже Швейцарскій союзъ и Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты. Сначала, правда, полагали возможнымъ приписывать суверенитетъ какъ имперіи, такъ и отдѣльнымъ государствамъ, каждому въ предѣлахъ поля его дѣятельности; но суверенитетъ, по самому понятію своему, не можетъ быть приписываемъ какой-нибудь отдѣльной государственной

[1]) Ср. для этого мѣста и всего отрывка: Еллинекъ. Общее ученіе о государствѣ и его-же Ausgewählte Schriften und Reden. 1911.

дѣятельности, а долженъ быть приписываемъ лишь всей государственной власти въ цѣломъ, и ограниченный однимъ опредѣленнымъ полемъ дѣятельности суверенитетъ государственной власти составляетъ внутреннее противорѣчіе: власть, ограниченная другой властью, не можетъ быть высшей властью. Поэтому казалось, что остаются лишь двѣ возможности: или имперія — суверенна, и тогда отдѣльныя «государства» не могутъ считаться суверенными государствами, а лишь имперскими провинціями, тогда Германія образуетъ лишь одно государство, единое государство; или же: отдѣльныя государства — суверенны, и тогда они не могутъ терпѣть надъ собой власти никакого другого государства, тогда имперія должна быть разсматриваема не какъ государство, а лишь какъ международно-правовое договорное отношеніе двадцатипяти нѣмецкихъ государствъ, лишь какъ союзъ государствъ, и сильная Германская имперія становится для государственно-правового изслѣдованія подобной жалкому Германскому Союзу, исхода изъ котораго люди именно и искали въ имперіи. Однако, преобладающее число государствовѣдовъ, съ Лабандомъ, вождемъ науки о нашемъ государственномъ правѣ, во главѣ, этому выводу: «такъ какъ для понятія государства существененъ суверенитетъ, то Германская имперія не можетъ быть союзнымъ государствомъ, а должна быть лишь единымъ государствомъ или союзомъ государствъ» противопоставляютъ другой выводъ: «такъ какъ живая дѣйствительность заставляетъ насъ каждый день воспринимать имперію не какъ единое государство и не какъ союзъ государствъ, а какъ союзное государство, то и ученіе о томъ, что для понятія государства существененъ суверенитетъ, должно быть ложнымъ; имперія — государство суверенное, а отдѣльныя государства, правда, вслѣдствіе своей подчиненности имперіи, не суверенны, но все-таки государства, несуверенныя государства». И когда противники ихъ спрашиваютъ о томъ, что же еще въ такомъ случаѣ отличаетъ государство отъ провинціи, если отпадаетъ суверенитетъ, если государство, какъ и провинція, терпитъ высшую государственную власть надъ собой, — то они отвѣчаютъ, что государство достаточно ярко отличается отъ провинціи и производнаго характера ея юридической силы самобытностью своей юридической силы: провинція живетъ и умираетъ вмѣстѣ съ государствомъ, такъ какъ никакая иная кровь не течетъ въ ея жилахъ кромѣ той, которая приливаетъ къ ней отъ сердца государства; отдѣльное же государство, напротивъ того, продолжало бы жить самостоятельно и послѣ распаденія союзнаго государства, подобно тому, какъ оно могло жить безъ него до основанія его, ибо оно живетъ собственными силами. Вѣдь наряду съ своими отдѣльными государствами Германская имперія владѣетъ еще и провинціей: ибо имперской провин-

ціей остались Эльзасъ и Лотарингія и послѣ изданія ихъ конституціи 1911 года, какъ бы близко они ни уподобились благодаря ей отдѣльному государству. Для понятія государства существенна вмѣстѣ съ самобытностью государственной власти еще и способность къ самоорганизаціи; Эльзасъ и Лотарингія же получили свою конституцію путемъ имперскаго закона, и лишь путемъ имперскаго же, а не путемъ внутренне-государственнаго закона можетъ она быть измѣнена или «разбита вдребезги».

Итакъ имперія, какъ и каждая изъ ея составныхъ частей, представляетъ собою государство. Но какое государство? Неопытному глазу оно можетъ показаться конституціонной монархіей съ двухпалатной системой: императоръ, союзный совѣтъ, рейхстагъ представляли бы въ такомъ случаѣ монарха, верхнюю палату, нижнюю палату, были бы подобно королю, палатѣ господъ, ландтагу Пруссіи. Однако, это сравненіе было бы ошибочнымъ: обѣимъ палатамъ конституціонныхъ государствъ въ Германской имперіи можетъ быть противопоставленъ лишь одинъ рейхстагъ, и въ предѣлахъ имперіи, такимъ образомъ, царитъ однопалатная система; союзный совѣтъ, напротивъ того, представляетъ вмѣстѣ съ императоромъ, соотвѣтственно монарху конституціоннаго государства, правительство; и императоръ, такимъ образомъ, не является монархомъ Германской имперіи, а имперское правительство сосредоточенно въ рукахъ «союзныхъ правительствъ» отдѣльныхъ государствъ, такъ что имперія завершается «республиканскимъ остріемъ» (Бисмаркъ). Но союзные монархи и сенаты исполняютъ роль правительства не въ отдѣльности и не лично, а сообща, черезъ собраніе своихъ уполномоченныхъ, черезъ Союзный Совѣтъ; одна лишь Пруссія занимаетъ преимущественное положеніе, такъ какъ прусскій король, наряду съ вліяніемъ своихъ голосовъ въ Союзномъ Совѣтѣ, принимаетъ еще личное и самостоятельное участіе въ имперскомъ правительствѣ, въ качествѣ германскаго императора. Поэтому права, которыя въ конституціонной монархіи принадлежатъ монарху, въ Германской имперіи раздѣлены между Союзнымъ Совѣтомъ и императоромъ. Въ отношеніи законодательства Союзный Совѣтъ занимаетъ положеніе конституціоннаго монарха: онъ можетъ отказать въ согласіи на принятый рейхстагомъ законъ, императоръ же не можетъ отказаться отъ подписанія закона, одобреннаго Союзнымъ Совѣтомъ и рейхстагомъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, въ то время какъ въ отношеніи внутренней политики императоръ обладаетъ правами не монарха, а лишь президента союза, внѣшней политикой имперіи онъ управляетъ почти съ одинаковой самостоятельностью, что и монархъ единаго государства; съ государственно-правовой точки зрѣнія онъ — лишь «германскій императоръ», а съ международно-правовой въ сношеніяхъ съ чужими государствами, онъ Императоръ Гер-

маніи («L'Empereur d'Allemagne»). Подобно тому, какъ Союзный Совѣтъ олицетворяетъ федералистическій элементъ имперской конституціи, множественность интересовъ отдѣльныхъ государствъ, а императоръ — гегемонію Пруссіи, такъ рейхстагъ, наконецъ, олицетворяетъ наряду съ конституціоннымъ и унитарный элементъ. Происходя не отъ отдѣльно-государственныхъ организацій, будучи выбраннымъ не прусскимъ, баварскимъ, баденскимъ, а германскимъ народомъ, какъ таковымъ, онъ долженъ олицетворять собою единство имперскаго народа надъ всей множественностью отдѣльно-государственнаго расчлененія.

Ничто не даетъ намъ возможности лучше понять строеніе Германской имперіи, чѣмъ сравненіе нѣмецкаго объединенія съ объединеніемъ народа, который какъ своей схожей судьбой, такъ и своей противоположной сущностью связанъ съ нѣмецкимъ народомъ и несмотря на всѣ политическія разочарованія любимъ имъ съ такой непоколебимостью, которая какъ-будто сдѣлала своимъ девизомъ слова: «Wenn ich dich liebe, was geht's dich an?»

Итальянское объединеніе должно было преодолѣть еще большія трудности, чѣмъ Германское. Большинство троновъ занимали чужеземцы: Бурбоны — въ Неаполѣ, Сициліи и Пармѣ, Габсбурги — въ Тосканѣ и Моденѣ, а Ломбардско-Венеціанское королевство было даже австрійской провинціей; итальянецъ же на папскомъ престолѣ, послѣ нѣкоторыхъ колебаній, рѣшилъ быть не итальянцемъ, а отцомъ христіанскаго міра съ чужевластной Австріей включительно, и обосновалъ свое господство на французскихъ штыкахъ; лишь одинъ Пьемонтъ обладалъ въ лицѣ своего Савойскаго королевскаго дома національной династіей. Германія могла возникнуть въ качествѣ союзнаго государства путемъ договора своихъ природныхъ княжескихъ домовъ, объединеніе же Италіи единственной національной династіей ея — вслѣдствіе того, что чужеземные монархи, дѣйствовавшіе на пользу иностранныхъ княжескихъ домовъ, къ которымъ они принадлежали и отъ которыхъ они зависѣли, были заинтересованы именно въ поддержаніи расчлененной и безсильной Италіи, — должно было произойти лишь путемъ ихъ вытѣсненія, лишь путемъ поглощенія остальныхъ итальянскихъ государствъ Пьемонтскимъ королевствомъ, лишь въ формѣ единаго государства. Въ этой борьбѣ Пьемонта противъ чужеземныхъ властителей демократически-революціонные элементы ихъ владѣній были его естественными союзниками. Въ то время какъ въ Германіи созданное народомъ демократическое движеніе 1848 года въ пользу объединенія осталось безрезультатнымъ, а успѣхъ впослѣдствіи былъ достигнутъ безъ содѣйствія демократіи, даже больше того, въ борьбѣ съ демократіей, въ борьбѣ Прусской эпохи конфликта, помощью государственнаго искусства великаго ми-

нистра, — объединеніе Италіи явило зрѣлище совмѣстной работы обѣихъ противоположныхъ силъ, демократическаго и династическаго элемента, «сказочнаго сліянія революціи и короля»: съ одной стороны Виктора Эмануила и Кавура, съ другой — Гарибальди и Мадзини, людей, часто расходившихся въ своихъ политическихъ воззрѣніяхъ, но постоянно сближавшихся въ преслѣдованіи одной и той же національной задачи. Въ Германіи на мѣсто черно-красно-золотого стало черно-бѣло-красное знамя, въ Италіи же Савойскій крестъ присоединился къ народному трехцвѣтному знамени, и ея король называетъ себя королемъ «Божіей милостью и волею народа».

Такъ Италія стала парламентски управляемымъ единымъ государствомъ, а Германія — союзнымъ государствомъ, въ строеніе котораго (какъ это намъ показалъ Еллинекъ) «совершенно сознательно введены могучія силы, противодѣйствующія возможности преобладанія парламентскаго вліянія».

Гражданское право.

Съ точки зрѣнія юридической, въ предѣлахъ государственнаго права возникаютъ источники всякаго иного права; оно создаетъ государство и регулируетъ образованіе государственной воли, изъ которой проистекаютъ въ формѣ закона остальныя правовыя нормы. Съ точки зрѣнія исторической, это соотношеніе становится совершенно обратнымъ: гражданское право представляетъ собою неповоротливый фундаментъ, государственное же право—измѣнчивую надстройку. Какихъ только измѣненій оно не пережило въ одномъ лишь XIX столѣтіи? Государственная воля, которая придаетъ обязательную силу гражданскому праву, была вначалѣ волей старой имперіи, потомъ волей отдѣльныхъ государствъ, сначала многихъ, потомъ нѣкоторыхъ государствъ, вначалѣ абсолютистскихъ, потомъ конституціонныхъ государствъ, и, наконецъ, опять волей новой имперіи,—но содержаніе этой воли въ главномъ остается постоянно однимъ и тѣмъ же, постоянно и одинаково основаннымъ на частной собственности, свободѣ договоровъ, моногаміи и наслѣдственномъ правѣ частно-правовымъ порядкомъ. Ибо индивидуумъ обычно раньше всего чувствуетъ себя мужемъ, отцомъ, дѣловымъ человѣкомъ и лишь послѣ гражданиномъ, и потому существующіе интересы упорнѣе сопротивляются измѣненію гражданскаго права, чѣмъ преобразованію политическаго порядка. Тысячелѣтняя продолжительность и происшедшая отсюда самоочевидность основъ гражданскаго права также повинны и въ томъ, что, въ то время какъ при вступленіи въ любую другую область права изучающій ее наталкивается на изслѣдованіе правно-политическихъ основныхъ вопросовъ, гражданское право до сихъ поръ не дошло до такого философско-политическаго ученія о принципахъ: философія самоочевидныхъ вещей обыкновенно вѣдь всегда отстаетъ отъ философіи необычнаго. Лишь соціализмъ побудилъ—подобно тому, какъ всегда ересь вызываетъ апологетику и тѣмъ самымъ и догматику—науку гражданскаго права къ размышленію надъ ея принципами, побудилъ тѣмъ, что сталъ оспаривать частную собственность и гражданское право вообще. Если соціализмъ хочетъ, чтобы гражданское право исчезло и всякое право превратилось въ публичное право: въ государственное производство благъ, въ государственное распредѣленіе благъ, даже въ государственное воспитаніе дѣтей,—то анархизмъ, наоборотъ, стремится превратить всякое право въ

частное право: въ свободные договоры на мѣсто повелѣвающаго государства. Изъ этого слѣдуетъ, что соціализмъ — вполнѣ мыслимъ, анархизмъ же уже потому съ трудомъ мыслимъ, что вмѣстѣ съ публичнымъ правомъ, государственнымъ правомъ, государствомъ онъ бы устранилъ и законодателя, чья воля одна лишь могла бы придать силу частному праву.

Но что же однако представляетъ собою публичное право, частное право?

Удовольствуемся такимъ опредѣленіемъ: если обязанность основывается на приказаніи другого, то обычно она публичнаго права, между тѣмъ какъ частно-правовыя обязанности обычно возникаютъ изъ самоподчиненія обязаннаго: платить налоги и отбывать воинскую повинность люди принуждены, хотятъ они этого или нѣтъ; платить же за купленныя вещи или выполнять принятыя работы они принуждены лишь потому, что приняли на себя сами эти послѣдствія путемъ договора купли-продажи или договора найма. Правовыя отношенія между приказывающимъ и подчиненнымъ составляютъ предметъ публичнаго права; частное право имѣетъ дѣло лишь съ правовыми отношеніями между равноправными въ сферѣ права лицами. Отсюда слѣдуетъ, что не всѣ правовыя отношенія между индивидуумомъ и государствомъ относятся къ сферѣ публичнаго права; ибо государство можетъ выступать передъ нами не только въ качествѣ повелителя, но и вступать съ нами, въ лицѣ казны, въ сношенія на основѣ равноправія. Когда, не спрашивая насъ предварительно, оно облагаетъ насъ обязанностью постоя, оно опирается на публичное право; когда же оно помѣщаетъ свою канцелярію въ квартиру, которую мы сами сдали ему въ наемъ, оно опирается на частное право.

Германіи средневѣковья было незнакомо различіе между частнымъ и публичнымъ правомъ, и отсюда можно прямо вывести сущность сословнаго государства и исторію государствъ среднихъ вѣковъ, въ особенности распадъ старой германской имперіи. Воинская и налоговая повинности, обѣ самыя важныя для насъ теперь обязанности подданныхъ, въ нѣмецкомъ государствѣ средневѣковья не считаются основанными на одномъ свойствѣ подданства, а лишь на особомъ согласіи со стороны обязаннаго: воинская повинность—на ленномъ договорѣ между сюзереномъ и вассаломъ, а налоговая повинность — на договорѣ между монархомъ и сословіями. Если, такимъ образомъ, съ одной стороны, вмѣсто публично-правовой связанности, во вредъ государственной власти, царило частно-правовое соглашеніе, то, съ другой стороны, частное право во многомъ было связано съ публично-правовыми, напримѣръ, военными—обязанностями,

почему и полная частно-правовая правоспособность была связана съ публично-правовой предпосылкой боевой способности. Въ иныхъ случаяхъ она была усилена публично-правовыми правомочіями, какъ, напр. тогда, когда съ собственностью на рыцарскія имѣнія были связаны проявляемыя на подобіе частнаго права господскія права надъ крѣпостными: судебная, полицейская власть, права на пошлины и налоги; въ томъ-то и заключается сущность и несчастье сословнаго государства, что частныя права оно даетъ ради публичной должности, и что потомъ, наоборотъ, кажется, что публичная должность существуетъ на основаніи частнаго права. Публично-правовая окраска, особенно въ трудовыхъ отношеніяхъ, чувствуется еще и въ настоящее время, когда, напримѣръ, остъ-эльбскій помѣщикъ въ отношеніи къ своимъ наемнымъ батракамъ или нѣмецкая хозяйка дома въ отношеніи къ своей служанкѣ не можетъ отдѣлаться отъ начальственнаго взгляда на свое положеніе, и переговоры на равной ногѣ объ условіяхъ договора склонна считать непокорностью. Лишь рецепція римскаго права въ Германіи принесла съ собою строгое раздѣленіе публичнаго и частнаго права, освобождая монарха отъ его частно-правовой зависимости отъ сословій и даруя ему публично-правовую власть абсолютнаго монарха, а, съ другой стороны, устраняя изъ помѣщичьей власти остъ-эльбскаго помѣщика надъ своими крестьянами патріархально-начальственный элементъ и превращая ее, при поддержкѣ римскаго права о рабахъ, въ безпощадное эгоистическое частное право надъ «крѣпостными». Такъ юридическое образованіе понятій можетъ вмѣшиваться въ міровую исторію!

Римское право проникло въ Германію между 1450 и 1550 гг. такъ беззвучно-тихо, что это чреватое послѣдствіями событіе нѣмецкой исторіи права завершилось почти незамѣтно для современниковъ, и мы, потомки, всегда остаемся съ сознаніемъ неразрѣшимаго остатка загадочности, когда пытаемся естественную силу этого историческаго процесса разложить на рядъ органическихъ отдѣльныхъ причинъ. Вслѣдствіе склонности людей не выводить большихъ послѣдствій изъ маленькихъ причинъ, обыкновенно разсматриваютъ «рецепцію» римскаго права, какъ частичное явленіе одновременно происходившаго великаго духовнаго движенія, которое въ наукѣ называется гуманизмомъ, въ искусствѣ — ренессансомъ, а въ религіи — реформаціей. Это не совсѣмъ вѣрно! Вѣдь это движеніе, съ одной стороны, было характерно своимъ возвеличеніемъ чистаго (какъ полагали) античнаго міра противъ средневѣковаго искаженія его схоластикой,—а въ этой борьбѣ рецепція гораздо больше принадлежитъ лагерю схоластики, чѣмъ лагерю вновь пробудившагося античнаго міра, ибо рецепція принесла въ Германію римское право

не въ чистомъ видѣ, а въ томъ видѣ, въ какомъ она его приняла изъ рукъ итальянско-канонической схоластики. Да и какъ это было бы возможно примѣнять чистое римское право въ средѣ нѣмецкаго народа, въ ставшемъ за это время на тысячу лѣтъ старше мірѣ! Такимъ образомъ, рецепція не можетъ быть разсматриваема просто какъ перенесенный въ область права гуманизмъ, — хотя бы гуманистическое почитаніе античнаго міра и содѣйствовало происшедшей изъ-за другихъ причинъ рецепціи имперкаго права. Но гуманизмъ, ренессансъ и реформація означаютъ, съ другой стороны, и начинающееся освобожденіе индивидуума изъ средневѣковой связанности, и къ этому индивидуалистическому явленію духа присоединяется, какъ мы сейчасъ увидимъ, и рецепція. Такимъ образомъ, и духовныя причины должны быть все же отмѣчены наряду съ техническими причинами рецепціи. Эти техническія причины заключаются въ томъ, что свое право было не одинаковымъ, а различнымъ въ разныхъ территоріяхъ и разныхъ городахъ, не устойчивымъ, а неписаннымъ обычнымъ правомъ, и потому больше не удовлетворяло ростущему обороту. Ему противостояло римское право въ видѣ писаннаго права и «общаго» (gemeines) права: ибо тогда было въ обычаѣ, вопреки свидѣтельству исторіи, разсматривать римскаго императора, а такимъ образомъ и императора Юстиніана, какъ «предшественниковъ имперіи» нѣмецкихъ императоровъ, и, слѣдовательно, кодексъ Юстиніана, какъ «императорскій», какъ «общее право имперіи». Такимъ образомъ, осталось лишь отнестись серьезно къ этому теоретическому взгляду на значеніе римскаго права и начать его практически примѣнять. Рядъ условій содѣйствовалъ этому: основаніе высшихъ судебныхъ инстанцій, въ особенности имперскаго высшаго суда (Reichskammergericht, 1495), — у которыхъ нельзя было предполагать знанія безчисленныхъ городскихъ и территоріальныхъ законовъ и которымъ поэтому было предписано примѣненіе римскаго права, а ихъ правосудію отнынѣ низшіе суды принуждены были подчиняться, если они не хотѣли, чтобы ихъ рѣшенія отмѣнялись въ высшей инстанціи; затѣмъ обусловленное все болѣе усложняющейся экономической жизнью замѣщеніе судовъ учеными юристами, которые могли быть свѣдущими лишь въ римскомъ правѣ, такъ какъ науки расщепленнаго нѣмецкаго права не могло быть, изученіе же римскаго права въ Италіи никогда не замирало и теперь пробудилось и въ Германіи; наконецъ, законодательное закрѣпленіе многихъ правовыхъ кодексовъ городовъ и территорій, которые во многомъ усвоили себѣ римскіе принципы права, частью съ цѣлью приспособленія къ судебной практикѣ имперскаго высшаго суда и территоріальныхъ высшихъ судовъ, частью съ цѣлью установленія на мѣсто пестраго партикуляризма одинаковаго права. Такимъ путемъ, завер-

шилось безпримѣрное явленіе, при которомъ большой народъ отказался отъ своего отечественнаго права въ пользу иностраннаго, написаннаго на чужомъ языкѣ тысячу лѣтъ назадъ кодекса.

Слѣдуетъ ли намъ сожалѣть объ этомъ явленіи или привѣтствовать его? Отвѣтъ на этотъ, вызвавшій много споровъ вопросъ будетъ различенъ въ зависимости отъ отношенія отвѣчающаго къ разобранной выше основной проблемѣ философіи права, къ противоположности индивидуалистическаго и надъиндивидуалистическаго воззрѣній на право. Ибо эта противоположность находитъ свое воплощеніе въ противоположности римскаго и нѣмецкаго права. Ибо, если мы задумаемся надъ причиной неразличенія въ нѣмецкомъ правѣ публичнаго и частнаго права, то мы должны ее искать не только въ неспособности примитивнаго правового мышленія къ абстакціи, но и въ болѣе глубокомъ основаніи: съ точки зрѣнія германскаго взгляда на право индивидуумъ является всегда членомъ цѣлаго, его право поэтому всегда является вмѣстѣ съ тѣмъ и службою на пользу общества и потому ограничено съ самаго начала въ своемъ содержаніи въ пользу интересовъ общежитія; отсюда — множество ограниченныхъ земельныхъ правъ, далеко превосходящее полную собственность, ленныя земли, хозяева которыхъ подвержены военнымъ ограниченіямъ и обязанностямъ; наслѣдственныя земли, хозяева которыхъ управляютъ лишь семейной собственностью и для отчужденія ея нуждаются въ согласіи семьи. Индивидуумъ получаетъ всѣ свои права въ ленное владѣніе лишь отъ коллектива и въ интересахъ коллектива. Частное право — лишь эманація, лишь составная часть публичнаго права. Послѣднее въ свою очередь выводитъ свое значеніе изъ еще болѣе высокихъ сферъ, которыя въ конечномъ счетѣ имѣютъ своимъ исходнымъ пунктомъ Бога. Противоположное воззрѣніе, согласно которому индивидуумъ — исходный и конечный пунктъ всякаго права, выразилъ римлянинъ уже созданіемъ саги объ основаніи своего города: кучка лишенныхъ родины, семьи, вырванныхъ изъ всякой соціальной группы разбойниковъ заключаетъ, какъ бы по рецепту Руссо, общественный договоръ. Общежитіе существуетъ лишь ради индивидуумовъ, публичное право лишь ради защиты частнаго права. Для германскаго воззрѣнія на право публичное право является первоначальнымъ,— для римскаго воззрѣнія на право такимъ является частное право. Поэтому, въ то время какъ германская собственность предоставляетъ ограниченную съ самаго начала власть распоряженія, лишь тѣ права, предоставленіе которыхъ всепроникающее публичное право считаетъ совмѣстимымъ съ интересами общества, собственность въ римскомъ правѣ (какъ довольно неясно обычно выражаются) даетъ неограниченную по своему содержанію власть надъ вещью, и лишь ея проявленіе можетъ быть

«извнѣ» ограничено частными правами другихъ индивидуумовъ или въ интересахъ всѣхъ индивидуумовъ — публичнымъ правомъ. Служить собственности составляетъ здѣсь послѣднюю цѣль всякаго иного права, и, подобно всякой послѣдней цѣли, всякой самоцѣли, и собственность пріобрѣтаетъ въ глазахъ романиста налетъ святости: «нерушимое и священное право» — сказано въ декларации правъ человѣка и гражданина 1789 года[1]).

Но и германскій представитель надъиндивидуалистическаго воззрѣнія на право долженъ будетъ быть благодарнымъ римскому праву за одно: за то, что оно научило нѣмцевъ юридически мыслить. На почвѣ римскаго гражданскаго права былъ выработанъ тотъ аппаратъ понятій, которыя послѣ, въ качествѣ необходимыхъ категорій всякаго познанія права, искали себѣ примѣненія далеко за предѣлами римскаго права и даже гражданскаго права вообще. Поэтому (вопреки справедливымъ педагогическимъ нареканіямъ) еще и въ настоящее время, уже послѣ того какъ римское право утратило свою практическую примѣнимость, начинающій юристъ вводится въ міръ юридическихъ понятій при помощи классическихъ образцовъ римскаго гражданскаго права[2]).

Краеугольный камень этого міра составляетъ, согласно индивидуалистически-эгоистическому характеру римскаго права, понятіе «субъективнаго права». Такъ именно мы называемъ—въ отличіе отъ права въ смыслѣ правового строя, объективнаго права,—право въ смыслѣ правомочія. Обычно его опредѣляютъ или какъ юридически предоставленную власть, или (по Іерингу) какъ правоохраненный интересъ. Обѣ характеристики — вѣрны, первая—для юридической, а вторая—для метаюридической сущности субъективнаго права; первая — для правового результата который законодатель вызываетъ предоставленіемъ субъективныхъ правъ, вторая же — для того правно-политическаго мотива, который руководилъ законодателемъ при предоставленіи субъективныхъ правъ. Субъективное право открываетъ для воли управомоченнаго, въ опредѣленномъ его содержаніемъ направленіи, свободный путь, даже если онъ въ отдѣльномъ случаѣ и не имѣетъ никакого интереса въ примѣненіи его: и слѣпой можетъ требовать возвращенія одолженныхъ очковъ; но законодателемъ было даровано субъективное право, напримѣръ, право одалживающаго на возвращеніе одолженнаго, именно потому, что въ большинствѣ случаевъ управомоченные заинтересованы въ содержаніи правомочія, напримѣръ, одалживающіе —

---

[1]) Ср. Іерингъ. Духъ римскаго права.
[2]) Лучшимъ введеніемъ такого рода является Р. Зомъ. Институціи.

въ возвращеніи одолженнаго. Субъективное право представляетъ собою поэтому единственную точку пересѣченія двухъ сильно расходящихся линій, которыя обычно противостоятъ другъ другу враждебно: собственный интересъ и этическая правильность въ субъективномъ правѣ идутъ рука объ руку; инстинктъ, который обычно всегда скованъ нормой, здѣсь, наоборотъ, освобождается нормой. Такъ какъ, такимъ образомъ, субъективное право направляетъ обѣ обычно борющіяся другъ съ другомъ стороны человѣка—его естественное желаніе и его этическую оцѣнку—на одну цѣль, то оно становится сильнѣйшимъ аккумуляторомъ психическихъ силъ, какой мы только знаемъ; объ элементарной силѣ его дѣйствій могутъ разсказать историческія и художественныя повѣствованія великихъ «борцовъ за право», можетъ разсказать психопатологія сутяги. Поэтому государство должно ревниво слѣдить за тѣмъ, чтобы за нимъ однимъ была сохранена задача помощью своего положительнаго права устанавливать это, могущее стать такимъ опаснымъ, соединеніе инстинкта и нормы. И обратно, обычной техникой революціонныхъ движеній является превращеніе своихъ стремленій на основаніи собственно для этой цѣли изобрѣтеннаго естественнаго права въ правомочія, въ «право на возстаніе», въ «право на трудъ», чтобы тѣмъ самымъ придать своимъ интересамъ одинаковую или даже болѣе высокую силу этическаго напряженія, какая присуща субъективнымъ правамъ существующаго правового строя.

Субъективное право требуетъ наличности субъекта права. Способными быть субъектами права являются въ настоящее время всѣ люди — людей, которые были бы лишь объектами правъ, рабовъ, для насъ больше не существуетъ, — но не только отдѣльные люди, но, напримѣръ, и соединенія многихъ людей, союзы. Обычно противопоставляютъ ихъ людямъ, или физическимъ лицамъ, въ качествѣ «юридическихъ лицъ», и до сихъ поръ еще ведется нерѣшенный философско-правовой споръ о томъ, создана ли, «фингирована» ли лишь правомъ личность этихъ юридическихъ лицъ, или она была правомъ найдена уже существующей; обладаютъ ли они лишь юридической или и метаюридической реальностью, существуютъ ли они лишь для права или и независимо отъ права. Говоря конкретнѣе, постановка вопроса сводится къ тому, могутъ ли интересы союза безъ остатка быть разложены на интересы его членовъ, и поэтому, когда право все же строго различаетъ права союза отъ правъ его членовъ, то дѣлаетъ ли оно это лишь по техническимъ соображеніямъ, по тѣмъ соображеніямъ, по которымъ, напримѣръ, купецъ ведетъ для различныхъ отраслей своего дѣла, совсѣмъ какъ для самостоятельныхъ дѣлъ различныхъ лицъ, отдѣльное счетоводство; или же по вычетѣ всѣхъ интересовъ членовъ остается еще

неразложимый остатокъ интересовъ, носителемъ которыхъ можетъ быть мыслимъ лишь союзъ самъ; служатъ ли, слѣдовательно, самостоятельныя права союза и защитѣ самостоятельныхъ союзныхъ интересовъ. Эта постановка вопроса показываетъ намъ сразу неразрѣшимость проблемы, показываетъ намъ, что и она является лишь частичнымъ вопросомъ неразрѣшенной философско-правовой основной проблемы о томъ, составляетъ ли индивидуумъ начало и конецъ всѣхъ правовыхъ понятій, или и надъиндивидуалистическимъ сущностямъ можетъ быть придана самостоятельная правовая цѣнность. Такимъ путемъ становится также понятнымъ и то, что въ спорѣ о сущности юридическаго лица съ самаго начала мы находимъ на одной сторонѣ романистовъ, на другой — германистовъ.

Субъективныя права дѣлятся на два главныхъ вида: вещныя и личныя, или обязательственныя права; права на вещи и права на требованія. Возьмемъ для примѣра собственность на лошадь, съ одной стороны, и право на передачу купленной лошади, съ другой. Вещное право, это — право на вещь; обязательственное право — право по отношенію къ лицу. Вещное право, это—право ѣздить верхомъ на моей лошади, запрягать ее въ коляску, однимъ словомъ, употреблять ее по желанію, право самостоятельно дѣйствовать; обязательственное право есть право на то, чтобы другой дѣйствовалъ, чтобы тотъ мнѣ доставилъ купленную лошадь. Подъ дѣйствіе вещнаго права подпадаетъ подлежащее лицо лишь съ момента нарушенія этого права; до тѣхъ поръ, пока оно не нарушается, оно направлено противъ всѣхъ и никого, когда же оно нарушается — противъ каждаго, кто его нарушаетъ: отъ каждаго, кто задерживаетъ мою лошадь, я могу требовать выдачи ея; обязательственное же право направляется съ момента его возникновенія противъ опредѣленнаго лица и лишь противъ него; лишь отъ продавца лошади я могу требовать передачи ея, а не прямо, напримѣръ, отъ того, кто укралъ у продавца купленную лошадь. Вещное право даетъ возможность длительнаго пользованія, обязательственное право кончается въ моментъ его удовлетворенія: своею собственностью на лошадь я пользуюсь ежедневно вновь, когда я ѣду верхомъ или ѣду гулять; мое право на передачу купленной лошади кончается въ моментъ передачи ея, въ тотъ единственный моментъ, въ который я имъ пользуюсь. Вещное право составляетъ цѣль, обязательственное же право составляло первоначально лишь средство или мѣру необходимости: мое право на передачу купленной лошади существуетъ лишь для того, чтобы исчезнуть въ собственности на эту лошадь. Первоначально: ибо современное хозяйство, которое видитъ свою цѣль не столько въ удовлетвореніи потребностей, сколько въ неограниченномъ расширеніи экономической сферы власти, переноситъ экономическія цѣн-

ности непрерывно отъ одного обязательственнаго права къ другому, не давая имъ когда-либо успокоиться надолго въ вещномъ правѣ; талеръ, который принесло съ собою обязательственное право, долженъ, не имѣя возможности отдохнуть въ благодушномъ чулкѣ или въ уютномъ сундукѣ, тотчасъ катиться дальше, чтобы основывать новыя обязательственныя права, ибо таковъ, въ сущности, смыслъ того, что онъ дается взаймы подъ ипотеку или «помѣщается» въ государственные займы или какъ-нибудь иначе. Лишь въ движеніи капиталъ находитъ свой покой. Цѣлью всякой хозяйственной дѣятельности является уже болѣе не естественное использованіе вещныхъ правъ, а полученіе процентовъ съ обязательственныхъ правъ. Обязательственное право не составляетъ болѣе средства къ достиженію вещныхъ правъ, а стало самоцѣлью, — такъ безпокойная природа эпохи, которая тоже ищетъ своего покоя въ волненіяхъ, получаетъ свое выраженіе въ юридическихъ понятіяхъ.

Такимъ образомъ, единую нѣмецкую науку права подарило намъ римское право — единое нѣмецкое право не было въ состояніи дать намъ ее. Какъ старая германская имперія вездѣ должна была отступать передъ своими болѣе жизнеспособными территоріями, такъ и для своего — римскаго — гражданскаго права она требовала лишь «субсидіарнаго» примѣненія, примѣненія лишь постольку, поскольку право отдѣльныхъ государствъ не заключало въ себѣ различествующихъ постановленій. Поэтому она и не могла помѣшать новому расщепленію права. Лишь новая Германская имперія, которая требуетъ для своего законодательства безусловнаго преимущества передъ законодательствомъ своихъ составныхъ государствъ, могла возстановить съ гарантіей продолжительности болѣзненно отсутствовавшее единство гражданскаго права путемъ дѣйствующаго съ 1 января 1900 года гражданскаго уложенія. Въ оцѣнкѣ его мы, правда, придерживаемся скромнаго мнѣнія послѣ сравненія его съ вступившимъ въ силу 1 января 1912 года Швейцарскимъ гражданскимъ уложеніемъ, созданіемъ Евгенія Губера, — между тѣмъ какъ Германское гражданское уложеніе представляетъ собою анонимный продуктъ коллективной работы комиссіи, какъ этого требуетъ методъ нашей законодательной работы, не принимающій во вниманіе органической и потому недѣлимой сущности духовной дѣятельности.

Если бы мы захотѣли кратко опредѣлить духъ Германскаго гражданскаго уложенія, то наиболѣе подошла бы слѣдующая формула: основные принципы римскаго права, модифицированные идеями нѣмецкаго права, или иначе: либеральные основные принципы, модифицированные соціальными идеями. Ибо противъ задуманнаго въ чисто романистически-либеральномъ духѣ

проекта Германскаго гражданскаго уложенія возстали двѣ группы противниковъ—германисты и соціалисты—обѣ одинаково стремящіяся поставить свободу индивидуума въ болѣе тѣсныя границы, но по различнымъ основаніямъ: надъиндивидуалистически настроенные германисты — во имя коллектива, а соціалисты, которые съ философско-правовой точки зрѣнія тоже вѣдь должны быть охарактеризованы какъ индивидуалисты—во имя другихъ индивидуумовъ, во имя экономически слабыхъ, «неимущихъ народныхъ классовъ». Поэтому совпаденіе германистическихъ и соціальныхъ требованій—лишь случайно и далеко не вездѣ; и въ области брачнаго права, въ вопросахъ развода и раздѣленія имущества мы видимъ иную группировку партій: соціализмъ рядомъ съ либерализмомъ въ борьбѣ противъ консервативно настроенныхъ германистовъ*). Попытаемся представить себѣ нагляднѣе, на двухъ-трехъ основныхъ идеяхъ, степень вліянія различныхъ идейныхъ направленій на Германское гражданское уложеніе.

Романистически-либеральными завоеваніями являются принципы равенства и свободы. Въ то время какъ нѣмецкое право склонно подчинять каждую сферу жизни особому правовому порядку: городского жителя — городскому праву, крестьянина — крестьянскому праву, крѣпостного — дворовому, вотчинному праву, рыцаря — ленному праву, чиновника — служебному праву, духовное лицо — каноническому праву, — Германское гражданское уложеніе, помимо различія между вполнѣ дѣеспособными и несовершеннолѣтними или лишенными дѣеспособности, не знаетъ уже болѣе никакого «смотря по лицу»: нѣмецъ и иностранецъ, дворянинъ и буржуа живутъ подъ властью одного и того же гражданскаго права; родившійся позже наслѣдуетъ наравнѣ съ первенцомъ; женщина, которая по прежнему нѣмецкому праву находилась подъ пожизненной опекой, дѣеспособна, какъ и мужчина, — лишь купецъ сохранилъ для себя въ видѣ торговаго уложенія свое сословное право.

Свобода проявляется въ вещномъ правѣ въ видѣ свободы собственности, въ обязательственномъ правѣ — въ видѣ свободы договора, въ наслѣдственномъ — въ видѣ свободы завѣщанія, — все это нѣмецкому праву въ такомъ объемѣ чуждо. Но и Германское гражданское уложеніе ограничило эти свободы подъ вліяніемъ германистически-соціальныхъ идей. Юридическая свобода договора, въ особенности, не могла бы помѣшать

*) Ср. O. Gierke. Der Entwurf eines BGB. und das deutsche Recht. 2 Aufl. 1889. A. Menger. Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. 3. Aufl. 1904 — по поводу проекта; по поводу самого духа герм. гражд. ул.—R. Sohm въ сборникѣ: «Systematische Rechtwissenschaft», также и E. J. Bekker. Grundbegrifte des Rechts und Missgrifte der Gesetzgebung. 1910.

тому, чтобы экономически сильнѣйшая сторона фактически— особенно при договорахъ найма имущественнаго и личнаго— односторонне предписывала условія договора неимущей, которая вѣдь не можетъ безъ крова и работы ждать лучшаго предложенія. И потому лишь обезпеченію дѣйствительной свободы договора для слабѣйшей стороны, путемъ ограниченія юридической свободы договора сильнѣйшей, служитъ то, что Германское гражданское уложеніе объявляетъ недѣйствительнымъ исключеніе по договору опредѣленныхъ, направленныхъ къ защитѣ слабѣйшихъ, постановленій: напримѣръ, исключеніе права расторженія договора при опасности квартиры для здоровья, исключеніе обязанности хозяина охранять здоровье, нравственность, религіозныя потребности служащаго.

Помимо договора обязательственныя отношенія могутъ создаваться и на основаніи причиненія вреда, но обычно лишь тогда, когда нанесшій вредъ причинилъ его или злонамѣренно или даже по неосторожности. Противъ этого «принципа виновности (Verschuldung)» римскаго права Германское гражданское уложеніе опять возстановило для цѣлаго ряда случаевъ «принципъ причиненія (Veranlassung)» нѣмецкаго права: подобно тому, какъ уже раньше желѣзная дорога была отвѣтственна за убійства и пораненія, отвѣтственень, по Германскому гражданскому уложенію, и владѣлецъ животнаго, служащаго предметомъ роскоши, за вредъ, имъ причиняемый, и владѣлецъ охотничьяго права за вредъ, причиняемый дичью, даже и въ томъ случаѣ, когда они совершенно невиновны въ этомъ; ибо, такъ какъ и пострадавшій тоже свободенъ отъ всякой вины, то является справедливымъ, чтобы не онъ, а тотъ, который пользуется причиняющей вредъ вещью и обычно вмѣстѣ съ тѣмъ и болѣе состоятеленъ, принялъ на себя и отвѣтственность. Такимъ образомъ, въ результатѣ здѣсь опять совпадаетъ съ соціальной идеей германистическая идея, хотя послѣдняя и происходитъ изъ совершенно другого источника, именно: изъ неспособности примитивнаго юридическаго мышленія различать между виновностью и простымъ причиненіемъ результата.

Въ семейномъ правѣ, напротивъ того, онѣ идутъ по различнымъ путямъ. Согласно индивидуалистическому воззрѣнію — и соціализмъ сохраняетъ здѣсь свою индивидуалистическую натуру — семья пріобрѣтаетъ свое достоинство отъ того благодѣянія, которое она даруетъ своимъ членамъ: для него семья, это—то мѣсто, гдѣ должны воспитываться дѣти, гдѣ въ родителяхъ, въ ихъ сношеніяхъ съ дѣтьми и между собой, должны достигнуть развитія лучшія силы ихъ существа. Съ точки зрѣнія надъиндивидуалистически-германистической, наоборотъ, святость семьи не представляетъ собою только отраженія свѣта, который она даруетъ своимъ членамъ, не исчерпывается только

въ служеніи этимъ членамъ, она скорѣе всего — носительница самоцѣнности, особенной «семейной традиціи» и «фамильной чести», служить которой, сохранять и размножать которую является обязанностью ея членовъ. Въ то время какъ по индивидуалистическому воззрѣнію семья не идетъ дальше личныхъ семейныхъ отношеній, съ точки зрѣнія надъиндивидуалистической слѣдующія въ теченіи столѣтій другъ за другомъ поколѣнія и цвѣтущія рядомъ линіи объединяются между собой, несмотря на самыя далекія разстоянія степеней, общей цѣлью въ одну единую семейную связь; въ «честномъ имени» и «незапятнанномъ знамени» семьи мы обычно олицетворяемъ эту надъиндивидуалистическую цѣль. Свое юридическое выраженіе это воззрѣніе получаетъ въ тѣхъ правовыхъ институтахъ, которые имѣютъ цѣлью обезпечить семьѣ, въ качествѣ матеріальной основы семейной связи и фамильной чести (splendor familiae), еще и семейную собственность, не допускающую своего отчужденія и обремененія долгами своего временнаго владѣльца: въ родовыхъ имѣніяхъ и семейныхъ фидеикоммиссахъ. Германское гражданское уложеніе, правда, предоставило регулированіе этихъ учрежденій праву отдѣльныхъ государствъ, но и, съ своей стороны, дарованіемъ наслѣдственнаго права и самымъ отдаленнымъ родственникамъ, оно признало выходящую за предѣлы личныхъ отношеній семейную связь, а тѣмъ самымъ и надъиндивидуалистическій взглядъ на семью.

Той же точки зрѣнія оно держится и въ вопросахъ о бракѣ. Ибо достоинство брака также можетъ быть или индивидуалистически сведено къ тѣмъ этическимъ цѣнностямъ, которыя онъ предоставляетъ супругамъ, или же быть выведено изъ самостоятельнаго, надъиндивидуалистическаго, этическаго или религіознаго источника. Такова точка зрѣнія католической церкви, когда она возвышаетъ бракъ до таинства, таковъ взглядъ и Германскаго гражданскаго уложенія: «независимымъ отъ воли супруговъ нравственнымъ и правовымъ институтомъ»—называется бракъ въ мотивахъ къ его проекту. Практически отсюда слѣдуетъ исключеніе или тѣсное ограниченіе возможности развода: если святость брака вытекаетъ не только изъ ея этической цѣнности для супруговъ, то она и не прекращается вмѣстѣ съ этой цѣнностью, и нѣтъ обязательнаго основанія для разрушенія брака, когда жизнь супруговъ разрушается бракомъ. Поэтому, согласно католическому ученію, бракъ принципіально никогда не можетъ быть уничтоженъ, а по Германскому гражданскому уложенію, помимо случая виновности одной изъ сторонъ—въ особенности прелюбодѣянія, посягательства на жизнь, злонамѣреннаго оставленія на произволъ судьбы — бракъ можетъ быть уничтоженъ лишь вслѣдствіе душевной болѣзни супруга; идущія дальше основанія для развода, извѣстныя прежнему

прусскому праву—непреодолимое отвращеніе и взаимное согласшеніе—исчезли.

Но особенно характерной чертой для семейнаго права Германскаго гражданскаго уложенія является очевидное стремленіе его защищать членовъ семьи другъ отъ друга, дѣтей — отъ родителей, жену — отъ мужа. Сюда относится норма о допустимости принудительнаго воспитанія когда ребенку, наносится вредъ по винѣ родителей. Сюда, далѣе, относится регулированное закономъ брачное имущественное право, которое, правда, предоставляетъ мужу управленіе и пользованіе имуществомъ жены, но оставляетъ за женой единственное право собственности на него, такъ что оно изъято изъ власти кредиторовъ мужа. Развитіе, которое вело къ этому, соотвѣтствуетъ развитію современнаго государства, подобно тому, какъ и вообще семейное право, съ его основанными не на самоподчиненіи, а на предписаніяхъ отца семейства обязанностями членовъ семьи, заключаетъ въ себѣ публично-правовыя черты. Абсолютному монарху, который, согласно девизу: «L'Etat c'est Moi», руководствуется при примѣненіи своихъ правъ лишь своими личными интересами, соотвѣтствуетъ римскій отецъ семейства съ его разсматриваемой какъ эгоистическое право отеческой властью надъ дѣтьми. Абсолютному монарху, который себя самого чувствуетъ въ качествѣ перваго слуги государства и свое право вмѣстѣ съ тѣмъ воспринимаетъ какъ службу, противостоитъ домашній «тиранъ», нѣмецкій отецъ семейства, съ своей домашней властью надъ женой и дѣтьми, съ правомъ, которое, по нѣмецко-правовымъ воззрѣніямъ, заключаетъ въ себѣ обязанность, — но отнюдь не ручательство въ томъ, что она будетъ дѣйствительно исполняться наподобіе обычныхъ обязанностей. Это-то ручательство, духъ конституціоннаго государства, Германское гражданское уложеніе и стремится внести въ семейное право тѣмъ, что, хотя оно и держится на словахъ стараго, но предпринимаетъ попытку расплывчатое представленіе права отца семейства, которое одновременно является и обязанностью, разложить на чистыя права, съ одной стороны, и чистыя обязанности, съ другой, и юридически гарантировать исполненіе этихъ обязанностей. Впрочемъ, отнюдь еще нельзя сказать, что рѣшеніе этой задачи въ Германскомъ гражданскомъ уложеніи уже достигло своего предѣла. И все-таки, подобно тому, какъ абсолютизмъ воспринялъ конституцію, какъ кусокъ бумаги, который хочетъ стать средостѣніемъ между монархомъ и народомъ,— эта защита членовъ семьи другъ отъ друга вызвала порицанія со стороны германистовъ, какъ вредоносный посѣвъ недовѣрія въ семейныхъ отношеніяхъ.

Но недовѣріе составляетъ первую обязанность каждаго законодателя. Законы издаются вѣдь не противъ хорошихъ, а

противъ дурныхъ людей, и чѣмъ больше дурного законъ предполагаетъ у своего адресата, тѣмъ лучше онъ самъ. Законодатель долженъ быть по отношенію къ людямъ пессимистомъ, и современный законодатель едва ли бы хорошо сдѣлалъ, если бы поставилъ себѣ образцомъ мудраго Солона, который потому только не облагалъ наказаніемъ отцеубійства, что не считалъ ни одного человѣка настолько испорченнымъ, чтобы совершить его; онъ скорѣе послѣдуетъ совѣту, который даетъ Шиллеръ законодателю.

«Предполагайте всегда, что въ цѣломъ человѣкъ стремится къ хорошему; въ отдѣльномъ же случаѣ не надѣйтесь никогда на это».

Этимъ основнымъ правиломъ всякой законодательной техники мы, несомнѣнно, обязаны прежде всего естественному праву. То самое время, которое сдѣлало исходнымъ пунктомъ классической политической экономіи «очень разумнаго и очень эгоистическаго человѣка», учило, что законодатель долженъ въ качествѣ адресата своихъ правовыхъ нормъ представлять себѣ именно этого, составленнаго лишь изъ разума и эгоизма, безъ капельки добра человѣка. Но въ то время какъ классическая политическая экономія принуждена была позже считаться съ возраженіемъ, что ея положенія не соотвѣтствуютъ дѣйствительности, такъ какъ люди на самомъ дѣлѣ не всѣ сплошь разумны и эгоистичны, а большей частью глупы, покойны и добродушны,— законодательство могло держаться за психологію разумности и эгоизма адресата. Ибо для него было важно не то, какимъ является человѣкъ въ среднемъ, а какимъ онъ является въ худшемъ случаѣ: такимъ эгоистичнымъ, что онъ не жалѣлъ бы чужого имущества, если бы ему не были поставлены границы, и такимъ разумнымъ, что онъ бы немедля открылъ всякій пробѣлъ въ этихъ границахъ. Этотъ новый взглядъ законодательной техники направлялся, съ одной стороны, противъ полицейскаго государства: если адресатъ закона разуменъ и эгоистиченъ, то въ томъ случаѣ, когда воля права совпадаетъ съ его интересами, онъ уже самъ будетъ заботиться о его осуществленіи; для защиты собственныхъ интересовъ онъ, такимъ образомъ, долженъ быть лишь управомоченнымъ, а не обязаннымъ и принуждаемымъ, по полицейско-правовому обычаю. Съ другой стороны, этотъ взглядъ направляется противъ патріархальнаго строя, сущностью котораго является предоставленіе правъ въ предположеніи должнаго примѣненія ихъ: эгоизмъ людей запрещаетъ предполагать такое соотвѣтствующее долгу, неэгоистическое примѣненіе. Вполнѣ понятно, что отъ этого предположенія позже всего освободились въ области семейныхъ правъ: по отношенію къ женѣ и дѣтямъ слѣдуетъ скорѣе всего предполагать у мужчинъ неэгоистичность; теперь же и тутъ сдѣланъ первый (но именно лишь первый) шагъ.

Если мы еще напомнимъ свѣдущимъ о нѣмецко-правовомъ по существу вещномъ правѣ Германскаго гражданскаго уложенія, съ его нѣмецко-правовой системой крѣпостной книги, съ нѣмецко-правовой защитой добросовѣстнаго пріобрѣтателя, то о принципахъ Германскаго гражданскаго уложенія мы скажемъ самое важное. Но мы не должны уходить отъ гражданскаго права раньше, чѣмъ кинемъ бѣглый взглядъ на торговое право, единственное изъ многихъ средневѣковыхъ сословныхъ правъ, которое сохранилось въ наше время. Ибо торговое право, съ его потребностью въ опредѣленности, въ отсутствіи формализма, въ національномъ и интернаціональномъ единствѣ права, часто являлось піонеромъ общаго гражданскаго права. Всеобщее нѣмецкое торговое уложеніе, которое въ измѣненной формѣ дѣйствуетъ еще и понынѣ, могло вступить въ силу почти сорокъ лѣтъ раньше, чѣмъ Германское гражданское уложеніе, и многими своими постановленіями стало для него образцомъ. Однако, всемірно-историческимъ примѣромъ піонерской работы торговаго права является для насъ римское право: ибо оно произошло изъ чужеземнаго права (jus gentium), которое выработалось для сношеній римскихъ купцовъ съ иностранными. Лишь въ такомъ видѣ—освобожденномъ, благодаря нивеллирующимъ интернаціональнымъ сношеніямъ—отъ національной односторонности, оно могло казаться дальнѣйшимъ вѣкамъ стоящимъ надъ временемъ и пространствомъ, «писаннымъ разумомъ», способнымъ управлять въ другомъ тысячелѣтіи другимъ народомъ. Поистинѣ, если ужъ какая-либо область жизни, то скорѣе всего именно право можетъ присвоить себѣ слова Шиллера: «Вамъ, о боги, принадлежитъ купецъ...»

Уголовное право.

Въ молодой жизни новой Германской имперіи отмѣчаются три періода усиленной законодательной дѣятельности. Первый имѣлъ своимъ предвѣстникомъ уголовное уложеніе 1870 года и достигъ высшей точки въ «имперскомъ законодательствѣ о юстиціи», плоды котораго—законы о судоустройствѣ, объ уголовномъ и гражданскомъ судопроизводствѣ, конкурсномъ производствѣ—вступили въ силу 1 октября 1879 года. Второй періодъ далъ Германское гражданское уложеніе съ вѣнкомъ дополнительныхъ законовъ, которые вмѣстѣ съ нимъ дѣйствуютъ съ 1 января 1900 года. Въ третій періодъ мы вступили теперь; онъ стремится приложить руку къ реформѣ созданій того перваго періода; преобразованіе гражданскаго процесса уже проведено, постановка же вновь на очередь неудавшейся пока реформы уголовнаго процесса отложена до тѣхъ поръ, пока, правда въ еще довольно далекомъ времени, находящееся въ подготовкѣ новое уголовное уложеніе станетъ годнымъ для введенія его въ дѣйствіе.

Ввиду предстоящей реформы уголовнаго права горячо возгорѣлся и старый споръ о цѣли наказанія, о томъ, должно ли оно, служить, оглядываясь назадъ, возмездію за совершенныя преступленія или, заглядывая впередъ, оборонѣ отъ угрожающихъ преступленій*). Для пониманія этого спора необходимо прежде всего уяснить себѣ постановку вопроса.

Она не говоритъ: какую цѣль преслѣдуетъ наказаніе? Ибо наказаніе не было создано линейкой и циркулемъ въ цѣлеполагающей дѣятельности, а родилось изъ темной, инстинктивной жизни первобытнаго человѣчества, а потомъ было поставлено на службу различнѣйшимъ цѣлямъ. Будучи въ началѣ местью, наказаніе, изъятое изъ власти потерпѣвшаго государствомъ и

*) Несмотря на все, и нынѣ еще лучшимъ введеніемъ въ ученіе объ уголовно-правовыхъ принципахъ является книга A. Feuerbach, «Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Bd. I, 1799, Bd. II, 1800.

отнынѣ примѣняемое имъ самимъ уже больше не съ слѣпотой гнѣва, а съ холодностью взвѣшивающей справедливости, становится возмездіемъ. Къ концу средневѣковья оно потомъ все больше попадаетъ на службу устрашенія и обезвреженія; такимъ оно намъ является въ жестокихъ карательныхъ законахъ стараго имперскаго уголовнаго уложенія «Каролины» отъ 1532 года. Съ основанія первыхъ «исправительныхъ» домовъ, у насъ въ XVII вѣкѣ оно начинаетъ, наконецъ, становиться доступнымъ и идеѣ исправленія. И отъ всѣхъ этихъ назначеній кое-что оставалось въ существѣ наказанія, такъ что оно не можетъ быть сведено безъ остатка къ одному изъ нихъ. То, что признается въ отношеніи ко всему міру въ цѣломъ, ко всему, что не создали люди цѣлесознательно, должно быть признано и въ отношеніи къ наказанію: именно, что будучи воспріимчивымъ къ разнообразнѣйшимъ назначеніямъ, оно тѣмъ не менѣе не-преслѣдуетъ опредѣленной цѣли, кромѣ развѣ той, которую ему ставятъ.

Какую же цѣль мы хотимъ поставить наказанію? — такъ, слѣдовательно, гласитъ нашъ вопросъ, который тѣмъ самымъ ищетъ отвѣта не у нашего изслѣдующаго разума, а у нашей цѣлеполагающей воли, у каждаго различно, согласно его личности, міровоззрѣнію и политическимъ убѣжденіямъ. Мы поэтому не будемъ удивляться тому, что въ противоположность теоріи возмездія и обороны мы опять узнаемъ знакомую уже намъ противоположность воззрѣній на право и государство.

Взглядъ на наказаніе, какъ на возмездіе, возможенъ лишь на почвѣ того ученія, которое признаетъ за правомъ и государствомъ самостоятельное, не выводимое изъ его цѣнности для отдѣльныхъ субъектовъ права и членовъ государства этическое достоинство и величіе, самостоятельный, не заимствованный изъ какихъ-нибудь человѣческихъ интересовъ авторитетъ. Для послѣдователей этого ученія является естественнымъ оріентировать и ихъ понятіе преступленія и наказанія на идеѣ авторитета, преступленіе опредѣлять какъ нарушеніе авторитета, непослушаніе, неповиновеніе, противодѣйствіе нормѣ, возмущеніе противъ воли права и государства, а наказаніе — какъ возстановленіе авторитета, проявленіе величія и блеска государства въ страданіяхъ возставшаго, какъ возмездіе, и лишь этотъ государственно-философскій корень можетъ намъ вполнѣ выяснить величественность этой уголовно-правовой теоріи. Уголовное право живетъ въ глубочайшемъ центрѣ міра цѣлей, на непосредственной службѣ абсолютнаго, цѣннаго лишь ради себя самого, государства. Оно настолько мало находится на службѣ индивидуалистически обусловленной полезности, что какъ разъ именно тогда оно проявляетъ свою сущность въ самомъ чистомъ и возвышенномъ видѣ, когда, свободное отъ всякаго полезнаго влія-

нія, оно уничтоженіемъ годнаго къ приспособленію существа, быть можетъ, причиняетъ незалѣчимую рану индивидууму и обществу и, такимъ образомъ, показываетъ, что здѣсь почитается идея государства, лишь она одна. Далекій отъ того, чтобы въ каждомъ такомъ случаѣ требовать тотчасъ реформъ, человѣкъ останавливается передъ нимъ съ тѣмъ захватывающимъ чувствомъ, которое порождаетъ трагедія: по той силѣ, съ которой незримая и неощутимая идея, хоть и разрушая, вторгается въ жизнь, онъ благоговѣйно познаетъ ея могущественное существованіе, въ которомъ чувственный человѣкъ такъ часто сомнѣвается. Когда судящій человѣкъ чувствуетъ себя вынужденнымъ нѣкоей силой, которая сильнѣе всѣхъ его желаній, всѣхъ его порывовъ, сочувствія и соображеній пользы, причинить судимому человѣку тягчайшее страданіе, тогда государственная идея на моментъ выступаетъ изъ надчувственнаго міра въ среду людей, въ почти видимой реальности съ желѣзными стопами и грозными глазами, въ нечеловѣчески-сверхчеловѣческомъ, но и дѣйствительномъ, какъ природа, видѣ. Такъ, отправленіе уголовнаго правосудія становится видомъ государственнаго таинства, подобнымъ жертвѣ, которая жертвующаго принуждаетъ вѣрить въ того бога, которому онъ приноситъ жертву; ибо какъ же бы могъ онъ иначе перенести то, что химерѣ въ жертву онъ приноситъ гекатомбы? Такою является намъ идея возмездія у Канта, у Гегеля, у Сталя и въ наше время выразительнѣе всего въ величественно-построенной уголовно-правовой конструкціи Карла Биндинга,— правда, какъ разъ у Канта въ неразрѣшимомъ противорѣчіи съ индивидуалистическимъ воззрѣніемъ на государство. Ибо на почвѣ индивидуалистическаго ученія, по которому государство и право исчерпываются служеніемъ обществу, и преступленіе можетъ быть понято лишь какъ противообщественное, антисоціальное явленіе, а наказаніе— лишь какъ защищающая общество мѣра, какъ оборона отъ грозящихъ новыхъ преступленій.

Существуетъ пунктъ, стоя на которомъ возможно занять въ спорѣ между теоріями возмездія и обороны точку зрѣнія, основывающуюся не только на личномъ рѣшеніи, но и на научномъ убѣжденіи: это — проблема свободы воли. Ибо въ то время, какъ теорія обороны совмѣстима и съ отрицаніемъ человѣческой свободы, теорія возмездія имѣетъ своей предпосылкой утвержденіе ея: возмездіе предполагаетъ порицаніе, порицаніе предполагаетъ допущеніе, что виновный могъ бы поступить и иначе. Къ тому же выводу ведетъ и взглядъ на преступленіе, какъ на противодѣйствіе нормѣ: нормы, повелѣнія предполагаютъ (по своему содержанію, если и не по своимъ послѣдствіямъ) адресатовъ, которые свободно могутъ выбирать между согласнымъ съ нормами и противоправнымъ дѣйствіемъ. Когда отрицающіе

свободу воли, какъ, напр., Меркель [1]), все же видятъ цѣль наказанія въ возмездіи, то ихъ ученіе о возмездіи при ближайшемъ изслѣдованіи всегда оказывается теоріей обороны. Такимъ образомъ, для критики ученія о возмездіи необходимо ознакомиться съ споромъ о свободѣ воли [2]).

Тотъ, передъ кѣмъ вопросъ о свободѣ воли предстанетъ въ первый разъ, не задумываясь будетъ склоненъ отвѣтить на него утвердительно: человѣкъ, вѣдь, можетъ сдѣлать то, что захочетъ! Однако, споръ идетъ совсѣмъ не о томъ, можетъ ли человѣкъ сдѣлать то, что хочетъ, а о томъ, можетъ ли онъ сдѣлать то, что онъ долженъ былъ бы сдѣлать; не о томъ, можетъ ли человѣкъ выполнить принятыя рѣшенія, а о томъ, можетъ ли онъ принимать любыя рѣшенія; не объ отношеніи воли къ тому, что за ней слѣдуетъ—движеніямъ тѣла, а объ отношеніи воли къ тому, что ей предшествуетъ—къ ея мотивамъ; не о свободѣ дѣйствія, а именно о свободѣ воли.

Здѣсь расходятся пути «детерминизма» и «индетерминизма». Детерминизмъ утверждаетъ, что и человѣческое рѣшеніе воли подчиняется закону причинности, положенію о томъ, что всякое явленіе необходимо опредѣляется, «детерминируется» предшествующими ему явленіями. Этимъ совсѣмъ не утверждается, что человѣкъ фактами внѣшняго міра, его соблазнами и ужасами насилуется, принуждается совершать такіе поступки, которые совершенно чужды его существу:

Всѣ дѣла людскія
И помыслы—не то, что волны моря,
Подъятыя слѣпою, тайной силой!

Лишь изъ его собственнаго существа у явленій внѣшняго міра выростаютъ силы, которыя дѣлаютъ ихъ соблазнами и предметами ужаса для него, мотивами его воли; причины его волевыхъ рѣшеній заключаются не только въ его ситуаціи, но прежде всего въ его характерѣ:

Міръ внутренній, мірокъ людской души
И есть тайникъ невидимый, глубокій,
Изъ коего они струятся вѣчно.

Но при существованіи опредѣленнаго характера и опредѣленной ситуаціи, можетъ послѣдовать лишь одно опредѣленное и никакое иное волевое рѣшеніе:

---

[1]) См. его глубокомысленную и открывающую широкіе горизонты книгу: Ученіе о преступленіи и наказаніи, изд. М. Липманомъ. 1912.

[2]) Въ качествѣ введенія см. *В. Виндельбанда* О свободѣ воли. (Есть русскій переводъ).

Они нужны, нужны и неизбѣжны,
Какъ плодъ деревьямъ,—и не можетъ случай,
Играя, ихъ подвергнуть превращенью.
Когда зерно позналъ я въ человѣкѣ,—
Мнѣ видно все: стремленья и дѣла.

Наоборотъ, индетерминизмъ полагаетъ, что одинъ и тотъ же человѣкъ можетъ въ одномъ и томъ же положеніи поступать такъ или иначе. Даже всевѣдущій духъ не могъ бы предусмотрѣть его рѣшенія, даже всемогущій духъ не могъ бы его опредѣлить.

Въ борьбѣ между детерминизмомъ и индетерминизмомъ на сторонѣ обоихъ существуютъ интимнѣйшія потребности. Для религіозно настроеннаго человѣка самое понятіе Бога является ареной этой борьбы: всевѣдѣніе и всемогущество Бога требуютъ признанія детерминизма, карающая справедливость Бога требуетъ признанія индетерминизма. Для свѣтскаго сознанія на сторонѣ детерминизма борется наука, на сторонѣ индетерминизма — нравственность. Нравственность требуетъ признанія свободы воли: сдѣлать кого-либо отвѣтственнымъ за поступокъ, вмѣнить его ему въ вину или заслугу можно лишь тогда, когда его воля является послѣдней, съ своей стороны безпричинной причиной этого поступка; согласно детерминистическому ученію, однако, воля имѣетъ свои причины, и цѣпь этихъ причинъ ведетъ за предѣлы личности виновнаго и его предшествующей жизни къ его родителямъ и самымъ далекимъ предкамъ и такъ въ безконечность, такъ что мы нигдѣ не можемъ объявить нашего карающаго приговора. Наука же, наоборотъ, требуетъ признанія несвободы воли: если бы человѣческія дѣянія были свободны, безпричинны, то они совершенно исключались бы изъ круга возможныхъ объектовъ познанія; ибо безпричинное немыслимо. Итакъ: мы не можемъ оцѣнивать и судить, не предполагая въ то же время свободу воли; но — мы и не можемъ разсуждать и мыслить признавая несвободу; свобода — необходима, несвобода — несомнѣнна; мы «детерминированы къ индетерминизму».

Какъ будто самыя рѣзкія противорѣчія, на самомъ же дѣлѣ — лишь совмѣстимые другъ съ другомъ результаты различныхъ методовъ изслѣдованія! Кантъ училъ насъ тому, что каузальность, соотношеніе причиненія и причиненности не присущи даннымъ явленіямъ настолько, чтобы связывать ихъ между собою подобно незримой нити, а лишь привносятся къ нимъ познающимъ сознаніемъ,— привносятся для того, чтобы, упорядочивая ихъ, сдѣлать ихъ пріемлемыми, познаваемыми для него. Причинность является, такимъ образомъ, лишь средствомъ къ цѣли, къ цѣли познанія, чѣмъ-то, что не требуетъ отъ насъ безусловно признанія, а признанія лишь до тѣхъ поръ,

пока мы хотимъ познавать вещи и людей. Однако, существуетъ сфера дѣйствительности, для усвоенія которой мы не должны прибѣгать къ обходному пути познанія: свое собственное «я» дано каждому непосредственно въ самосознаніи, каждый человѣкъ не только мыслитъ, но и переживаетъ. И въ то время, какъ познаніе возможно лишь въ формѣ причинности, переживанія не нуждаются въ этомъ средствѣ познанія. Поэтому въ переживаніи нашей души съ необходимостью заключается и переживаніе нашей свободы, и это переживаніе свободы, именно потому, что оно притязаетъ быть переживаніемъ, а не познаніемъ, не можетъ быть опровергнуто познаніемъ несвободы, а, наоборотъ, занимаетъ съ нимъ равноправное положеніе. Но тѣмъ, что каждый человѣкъ чувствуетъ себя самого свободнымъ, оправдывается и нравственная судейская функція его собственной совѣсти. Но такъ какъ, съ другой стороны, каждый человѣкъ можетъ переживать лишь себя самого, всѣхъ же другихъ онъ можетъ лишь мыслить, и мыслить несвободными, то отсюда слѣдуетъ, что недопустимо «морализировать» на счетъ другого. Строгость по отношенію къ самому себѣ, терпимость по отношенію къ другимъ, такимъ образомъ, составляетъ послѣдствіе этого ученія о свободѣ, и если кто-либо питаетъ сомнѣнія въ истинности этого этическаго солипсизма, то пусть обратитъ вниманіе на совпаденіе его съ христіанской этикой и дѣйствующимъ правомъ. «Не судите, да не судимы будете». «Мнѣ отмщеніе, и Азъ воздамъ, говоритъ Господь», было нѣкогда сказано, и, далѣе: «Кто изъ васъ безъ грѣха, пусть первый броситъ въ нее камень». И наше уголовное правосудіе склоняется къ тому, чтобы наказывать за «формальное» оскорбленіе всякаго, кто выскажетъ отрицательное сужденіе о другомъ, хотя бы онъ и могъ вполнѣ доказать свои фактическія основанія, даже если онъ общеизвѣстнаго сводника называетъ негодяемъ или уличеннаго клеветника—мерзавцемъ.

Но для вопроса о цѣли наказанія отсюда слѣдуетъ, что каждый человѣкъ, если не для себя самого, то все же для всякаго другого долженъ считаться несвободнымъ, что ученіе о возмездіи невозможно. Лишь одно ученіе объ оборонѣ совмѣстимо съ отрицаніемъ свободы воли: оборонять себя можно и противъ дѣйствій несвободной воли: «обороняютъ» же себя даже отъ вообще и не человѣческихъ силъ, отъ животныхъ и элементарныхъ силъ. Ибо въ отличіе отъ возмездія оборона не предполагаетъ отрицательнаго сужденія о томъ, противъ кого она направляется: «Врагъ» должны вы говорить, а не «злодѣй», «больной» должны вы говорить, а не «мошенникъ», «глупецъ» должны вы говорить, а не «грѣшникъ» (Ницше—Заратустра).

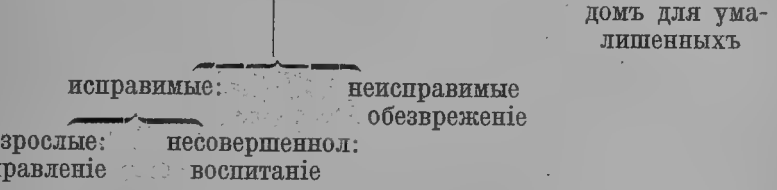
И въ самомъ дѣлѣ, современные споры о цѣли наказанія ведутся не столько между ученіями о возмездіи и оборонѣ,

сколько на почвѣ ученія объ оборонѣ; уже не ведется болѣе философско-правовой споръ о конечной цѣли наказанія, а уголовно-политическій—о средствахъ къ достиженію его конечной цѣли, обороны: исправленіе ли? обезвреженіе? устрашеніе? самого ли преступника? или другихъ людей?

Для разрѣшенія спора между ними долженъ быть примѣненъ лозунгъ: divide et impera! Всякое человѣческое дѣяніе, и равнымъ образомъ, и преступленіе является продуктомъ двухъ факторовъ: характера и ситуаціи, индивидуальности и среды. Соотвѣтственно тому, какой факторъ въ преступленіи принимаетъ главное участіе, получается дѣленіе преступниковъ на два класса. На одной сторонѣ стоятъ тѣ, которые на свое преступленіе были увлечены возбужденіемъ, которые были захвачены врасплохъ случайностью: аффективные и случайные преступники, или, какъ ихъ объединяюще назвали, преступники подъ вліяніемъ минуты (Augenblicksverbrecher); ибо несчастное стеченіе внѣшнихъ обстоятельствъ сдѣлало ихъ на одну минуту преступниками, причемъ существо ихъ не содержитъ въ себѣ постоянныхъ преступныхъ чертъ. Самъ языкъ такъ выразительно говоритъ, что обстоятельства не дали имъ совсѣмъ притти «въ себя», что аффектъ вывелъ ихъ «изъ себя». Они преступниками сдѣлались, не будучи преступниками. Если о нихъ говорятъ слова поэта, что бо́льшую половину ихъ вины надо приписать несчастнымъ звѣздамъ, то въ отношеніи второго класса преступниковъ вѣрны другія слова: «Въ твоей груди судьбы твоей звѣзда». Они не подчиняются случайности въ преступленіи, а ищутъ ея, будь то изъ привычки, будь то изъ прирожденной склонности: это—привычные преступники! въ особенности профессіональные и (если такіе бываютъ) «прирожденные преступники» Ломброзо. Ихъ именно противопоставляютъ объединяюще «преступникамъ подъ вліяніемъ минуты» въ качествѣ «преступниковъ по состоянію» (Zustandsverbrecher). Они преступники вслѣдствіе преступной своей сущности.

Если наказаніе хочетъ удержать ихъ отъ новыхъ преступленій, то оно должно попытаться преобразовать эту ихъ преступную сущность, исправить ихъ; это исправленіе должно быть, однако, понимаемо не какъ нравственное, а какъ «гражданское» исправленіе: наказаніе достигло, соотвѣтственно внѣшней природѣ права, своей цѣли, когда оно создало въ преступникѣ волю и способность воздерживаться отъ дальнѣйшихъ преступленій, все равно—изъ благоговѣнія ли къ закону, или изъ хорошо понятаго собственнаго интереса, или изъ какого бы то ни было основанія. Но опытъ доказываетъ, что многіе преступники по состоянію, вопреки всѣмъ попыткамъ исправленія, постоянно снова возвращаются къ преступленію: отъ такихъ

неисправимыхъ наказаніе можетъ оборонять лишь путемъ обезвреженія ихъ, путемъ постояннаго или, по крайней мѣрѣ, возможно долгаго заключенія ихъ. А рядомъ съ этими, неспособными больше къ исправленію, находятся совершенно не нуждающіеся въ исправленіи преступники, преступники подъ вліяніемъ минуты, дѣянія которыхъ имѣютъ своимъ источникомъ не противообщественный характеръ, а несчастное стеченіе обстоятельствъ. По отношенію къ такимъ преступникамъ наказаніе можетъ имѣть значеніе лишь чувствительнаго напоминанія въ подобныхъ случаяхъ, можетъ преслѣдовать лишь цѣль устрашенія. Такимъ образомъ, изъ троякаго дѣленія преступниковъ получается троякое дѣленіе цѣлей наказанія: наказаніе стремится преступника подъ вліяніемъ минуты устрашить, исправимаго преступника по состоянію—исправить, неисправимаго преступника по состоянію—обезвредить. Если мы къ этому добавимъ, что въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ преступниковъ исправленіе должно принимать педагогическія черты и превращаться въ воспитаніе, и что въ отношеніи преступниковъ съ уменьшенной вмѣняемостью, т. е. хотя и не душевно-больныхъ, но все же душевно-болѣзненныхъ, исправленіе и обезвреженіе должны соединяться съ психіатрическими мѣропріятіями и превращаться въ лѣченіе или помѣщеніе въ домъ для умалишенныхъ,—то получается слѣдующая схема классовъ преступниковъ и цѣлей, которыя уголовное право должно себѣ ставить по отношенію къ нимъ:



То обстоятельство, что дѣйствующій уголовный кодексъ изъ этихъ разграниченій преступниковъ и, слѣдовательно, и цѣлей наказаній знаетъ лишь раздѣленіе на взрослыхъ и несовершеннолѣтнихъ, и составляетъ основную причину необходимости его реформы.

То ученіе, съ которымъ мы только что познакомились, представляетъ собою уголовно-правовую теорію Франца Листа[1]). Но Листъ всегда подчеркивалъ, что наряду съ цѣлью дѣйствовать на преступника устрашеніемъ, исправленіемъ, обезвреженіемъ, наказаніе вмѣстѣ съ тѣмъ всегда имѣетъ задачу устрашать и другихъ «скрытыхъ негодяевъ», и тѣмъ самымъ онъ предупреждаетъ возраженія, которыя постоянно сызнова выдвигались противниками его уголовной политики.

Уголовно-правовая теорія Листа,—говорятъ они,—нивеллируетъ различіе между вмѣняемыми и невмѣняемыми преступниками, между тюрьмой и домомъ для умалишенныхъ; ибо мы пытаемся же обороняться отъ опаснаго душевно-больного точно такъ же, какъ отъ привычнаго преступника, путемъ исправленія, т. е. лѣченія, въ данномъ случаѣ, или обезвреженія. Это правда! Но путемъ наказанія обычнаго преступника мы, кромѣ того, пытаемся еще устрашить и другихъ, и потому наказаніе представляетъ собою, согласно своему назначенію, зло. Помѣщеніе же опаснаго душевно-больного въ лѣчебницу не имѣетъ цѣлью служить устрашенію; ибо поступокъ душевно-больного не вызываетъ у душевно-здоровыхъ желанія подражать, а потому и потребности въ устрашеніи: лишь тому чувствуешь себя склоннымъ подражать, кого считаешь равнымъ себѣ, а отъ впаденія въ душевную болѣзнь нельзя никого удержать путемъ устрашенія. Пусть, поэтому, помѣщеніе въ лѣчебницу и будетъ фактически зломъ, оно все же является таковымъ не согласно своему назначенію и потому по мѣрѣ возможности освобождается отъ своей природы зла. Такимъ образомъ, различіе между вмѣняемостью и невмѣняемостью, между обороняющими и устрашающими «наказаніями», съ одной стороны и только обороняющими «мѣрами самообороны» съ другой остается въ силѣ.

Уголовно-правовая теорія Листа,—говорятъ далѣе,—ведетъ къ тому, что на мѣсто традиціонной градаціи наказаній по степени преступленій выступаетъ градація наказаній по степени преступниковъ, ибо, хотя случайный преступникъ и подвергается другому наказанію, чѣмъ привычный преступникъ, но въ предѣлахъ этихъ группъ преступниковъ различные виды преступленій, напр., разбой и убійство, сравнялись бы съ кражей и нанесеніемъ. И это было бы справедливо, если бы цѣлью наказанія, наряду съ вліяніемъ на преступника, не являлось и устрашеніе другихъ. Ради нихъ привычнаго убійцу должно наказывать не только сильнѣе, чѣмъ случайнаго убійцу, но и сильнѣе, чѣмъ привычнаго наносителя ранъ, ибо въ обратномъ случаѣ многіе бы не задумывались переходить отъ нанесенія къ убійству. Такимъ образомъ, поперечное дѣленіе преступле-

[1]) Ст. его Статьи и рѣчи.

ній не должно быть замѣнено продольнымъ дѣленіемъ по группамъ преступниковъ, а лишь дополнено имъ.

Уголовно-правовая теорія Листа,—говорятъ, наконецъ,—для которой преступленіе—не что иное, какъ симптомъ требующей предохраненія опасности преступника, дѣлаетъ непонятнымъ, почему наказаніе связывается съ предпосылкой дѣйствительно совершеннаго преступленія; существуютъ же наряду съ совершеніемъ преступленія еще и другіе такіе же несомнѣнные симптомы чьей-либо опасности, напр., подготовленіе или угроза преступленіемъ. Намъ еще представится удобный случай вернуться къ этому возраженію.

Служа, наряду съ другими цѣлями, и цѣли устрашенія и составляя, такимъ образомъ, согласно своему назначенію, зло, причиняемое людямъ людьми, наказаніе нуждается въ оправданіи. Къ только что разрѣшенному вопросу: зачѣмъ мы хотимъ наказывать—примыкаетъ поэтому и другой вопросъ: почему мы имѣемъ право наказывать. Къ вопросу о цѣли наказанія примыкаетъ вопросъ объ основаніи наказанія. Намъ покажется, что на этотъ вопросъ легко отвѣтить указаніемъ на незамѣнимость наказанія для государства. Однако, противъ такого обоснованія Кантъ провозгласилъ свою торжественную анаѳему: «Горе тому, кто лазитъ по змѣинымъ тропинкамъ теоріи счастья, чтобы въ нихъ найти нѣчто, что своей обѣщаемой пользой» обосновывало бы наказаніе (можемъ мы добавить) или «освобождало бы его отъ наказанія или даже лишь отъ одной степени его, согласно фарисейскому девизу: лучше, чтобы одинъ человѣкъ умеръ, чѣмъ чтобы погибъ весь народъ; ибо когда погибаетъ справедливость, то нѣтъ болѣе никакого смысла въ томъ, чтобы люди жили на землѣ». Съ своей стороны, онъ ищетъ оправдывающаго основанія наказанія въ томъ, что преступникъ заслужилъ его согласно идеѣ возмездія, а за нимъ и другіе мыслители видѣли основаніе наказанія въ возмездіи, даже и такіе, которые цѣль его усматривали не въ возмездіи, а въ оборонѣ. Невозможность же оправданія наказанія государственной необходимостью Кантъ обосновываетъ тѣмъ, что «человѣкъ никогда не можетъ быть употребленъ лишь какъ средство для намѣреній другого и смѣшанъ съ объектами вещнаго права, противъ чего его защищаетъ его прирожденная личность». И въ эпоху, когда еще не отзвучали королевскія слова: L'Etat c'est Moi, интересы государства дѣйствительно могли враждебно противостоять индивидууму въ качествѣ «намѣреній другого». Когда же, наоборотъ, современное государство, въ дѣлахъ котораго каждый изъ его подданныхъ въ то же время принимаетъ участіе въ качествѣ гражданина, требуетъ для преступленія наказанія, то оно его не обращаетъ въ орудіе для чужихъ цѣлей:

наоборотъ, цѣли, ради которыхъ преступникъ долженъ страдать, являются и его цѣлями тоже. Часто онъ ихъ признаетъ именно самымъ дѣяніемъ своимъ: воръ нарушаетъ чужую собственность лишь для того, чтобы обосновать свою собственную, и тѣмъ самымъ заявляетъ притязаніе на защиту той самой собственности, которую онъ нарушаетъ у другихъ,—а поддѣлыватель документовъ притязаетъ на то самое общественное довѣріе къ поддѣланному документу, которое онъ самъ пошатнулъ своей поддѣлкой; вообще ни одинъ преступникъ не можетъ вполнѣ отказаться отъ заинтересованности въ государствѣ. Эпохи, которыя привыкли мыслить то, чего съ разумной точки зрѣнія человѣкъ не можетъ желать, все же желаемымъ имъ, (напр., всякую заинтересованность—въ видѣ желанія; особенно заинтересованность индивидуума въ государствѣ—въ видѣ сознательно заключеннаго индивидуумами договора о государствѣ) мыслили, конечно, и эту неустранимую заинтересованность каждаго человѣка, даже преступника, въ уголовной защитѣ государства въ видѣ самоподчиненія членовъ государства власти наказанія путемъ оговорки въ договорѣ о государствѣ. Это оправданіе наказанія—на основаніи предполагаемой разумной воли самого преступника—годится, правда, лишь по отношенію къ разсмотрѣннымъ до сихъ поръ однимъ пассивнымъ, побуждаемымъ случайностью или аффектомъ, склонностью или привычкой, преступникамъ, и не годится по отношенію къ преступникамъ активнымъ, преступникамъ по убѣжденію, начиная отъ дуэлянта и кончая революціонеромъ. Ибо въ этомъ случаѣ убѣжденію государственной власти въ необходимости ея распоряженій и карательныхъ мѣръ противостоитъ не дурная совѣсть или слабый интеллектъ, т. е. находящаяся сама съ собой въ противорѣчіи и сама собой опровергаемая воля, а другое, продуманное убѣжденіе, такъ что невозможно даже рѣшить, на чьей сторонѣ находится разумъ, и не является ли сегодняшній преступникъ завтрашнимъ мученикомъ. Поэтому, у карающей государственной власти здѣсь не хватаетъ нравственнаго превосходства надо преступникомъ, которое ей обычно присуще, будетъ ли она разсматривать его въ духѣ теоріи возмездія, какъ злодѣя, или, въ духѣ теоріи обороны, какъ дурака или больного. Скорѣе всего она должна разсматривать преступника по убѣжденію какъ нравственно-равноправнаго врага; не случайностью является то, что противъ этого «внутренняго врага» уголовное право пускаетъ въ ходъ родственное взятію въ плѣнъ внѣшняго врага наказаніе съ военной окраской: заключеніе въ крѣпость. Но невозможность наказаніе преступника по убѣжденію оправдать субъективно, на основаніи его собственной воли, не лишаетъ почвы объективнаго оправданія наказанія на основаніи все той же, хотя и не признанной имъ са-

мимъ, заинтересованности. Такимъ образомъ, положеніе о томъ, что никто не долженъ быть низведенъ до степени средства для чужихъ цѣлей, не стоитъ болѣе въ настоящее время на дорогѣ оправданію наказанія по государственной необходимости. Одно наказаніе, правда, несовмѣстимо съ этимъ положеніемъ, хотя какъ разъ именно это наказаніе авторъ и защищалъ ярче всего: смертная казнь. Ибо она никоимъ образомъ не можетъ быть признана служащей и собственнымъ цѣлямъ преступника, ибо она, вѣдь, уничтожаетъ субъекта этихъ цѣлей. Мы уже совершенно умалчиваемъ о другихъ возраженіяхъ, которыя едва ли бы могли подойти къ холодному тону этого изслѣдованія.

Теперь, когда уже нами установлены основаніе и цѣль наказанія, слѣдуетъ сказать еще нѣсколько словъ о цѣли уголовнаго права. Ибо съ той минуты, какъ существуетъ уголовное право, какъ государство отняло у потерпѣвшаго право мести, оно обладаетъ головой Януса: подобно тому, какъ принятіемъ на себя дѣла мести, государство не только хотѣло лучше защищать общество отъ преступленія, но и преступника отъ мести потерпѣвшаго, такъ и уголовное право, еще и теперь не только направлено противъ преступника, но и заботится о немъ, ставитъ своей цѣлью не только обосновать право государства на наказаніе, но и ограничить его; оно не только источникъ, но и предѣлъ карательной власти; выражаясь парадоксально: оно стремится защищать не только государство отъ преступника, но и «преступника» отъ государства, быть для него (по выраженію Листа) magna charta противъ судебнаго произвола и судебной ошибки. Отсюда—и это отвѣтъ на отложенный выше вопросъ—связь караемости съ предпосылкой дѣйствительно совершеннаго преступленія, отсутствіе наказанія за простыя, весьма часто ошибочно устанавливаемыя уголовныя приготовленія, намѣренія или убѣжденія. Отсюда, прежде всего, то положеніе, которое со времени декларацiи правъ человѣка и гражданина 1789 года относится къ необходимому аппарату конституціоннаго государства: «Дѣяніе лишь тогда можетъ быть облагаемо наказаніемъ, когда это наказаніе было опредѣлено закономъ раньше, чѣмъ дѣяніе было совершено»; такимъ образомъ, не можетъ быть наказуемости, основанной на обычномъ правѣ, и примѣненія «по аналогіи» уголовныхъ законовъ къ случаямъ, которые не предусмотрѣны ими буквально, какъ бы они ни были подобны предусмотрѣннымъ. Поэтому, если кто тайно соединилъ свой проводъ съ чужимъ электрическимъ проводомъ, то, вслѣдствіе того, что уголовный кодексъ считаетъ кражей лишь похищеніе «вещей», электричество же, по свидѣтельству представителей естественныхъ наукъ, составляетъ не вещь,

а состояніе, то онъ долженъ былъ оставаться ненаказуемымъ до тѣхъ поръ, пока не былъ изданъ спеціальный законъ о похищеніи электричества. Но такія странныя послѣдствія такъ же мало должны вызывать сомнѣнія въ этомъ уголовно-правовомъ постановленіи, какъ и въ соотвѣтствующемъ ему уголовно-процессуальномъ законѣ, который также обязанъ своимъ происхожденіемъ эпохѣ сильныхъ политическихъ противорѣчій: «Прокуратура обязана входить въ разсмотрѣніе *всѣхъ* судебно наказуемыхъ и преслѣдуемыхъ дѣяній, поскольку существуютъ достаточныя фактическія основанія—независимо отъ того, заинтересованъ ли кто-либо въ наказаніи, причинитъ ли наказаніе скорѣе вредъ, уничтожитъ ли существованіе, которое можно бы спасти или заставитъ перемывать грязное бѣлье передъ обществомъ. Если бы прокуратурѣ было предоставлено право возбуждать обвиненіе лишь при наличности общественнаго интереса въ преслѣдованіи, то она подвергалась бы опасности,—во всякомъ случаѣ, подозрѣнію—въ партійномъ использованіи ея обвинительныхъ функцій. Такимъ образомъ, положенію уголовно-матеріальнаго кодекса: «наказаніе имѣетъ мѣсто *лишь* тамъ, гдѣ оно категорически установлено закономъ» противостоитъ положеніе уголовно-процессуальнаго кодекса: «но наказаніе имѣетъ мѣсто *всегда*, гдѣ такое установленіе его имѣется». Мы можемъ эти оба положенія, которыя предписываютъ уголовному правосудію тѣсно огражденный съ обѣихъ сторонъ путь буквальнаго подчиненія закону, объединить подъ названіемъ «*принципа легальности*».

Такимъ образомъ, идея объ устойчивости права уравновѣшиваетъ идею обороны, а въ предѣлахъ послѣдней—идея устрашенія уравновѣшиваетъ идею исправленія. Такимъ образомъ, уголовное право представляетъ собою мудро сбалансированную систему борющихся идей, примѣръ компромиссной природы всякаго права.

Судоустройственное право.

Право стремится быть не только оцѣнивающей нормой, но и дѣйствующей силой,—и главными воротами, черезъ которыя оно изъ царства идеи входитъ въ міръ дѣйствительности, чтобы регулировать жизненныя отношенія, является судья. Въ немъ завершается воплощеніе права. Но въ ту минуту, когда правовая норма оставляетъ творческую руку законодателя, въ ней происходитъ удивительная перемѣна: будучи созданной ради опредѣленной цѣли, она, тѣмъ не менѣе, хочетъ быть примѣняемой не ради этой цѣли, а вслѣдствіе одного своего существованія, не только до тѣхъ поръ, пока она дѣйствительно служитъ этой цѣли, а безусловно. Пусть для законодателя она является средствомъ къ цѣли,—для судьи она всегда должна быть самоцѣлью, и общество прилагаетъ заботы къ тому, чтобы къ праву, при этомъ воплощеніи его въ судьѣ, не прилѣплялось слишкомъ много чужого матеріала: законъ освобождаетъ судью отъ вліянія всѣхъ государственныхъ властей, чтобы быть въ состояніи тѣмъ исключительнѣе подчинить его господству права. «Судебная власть осуществляется независимыми, подчиненными лишь закону судами», гласитъ первая статья закона о судоустройствѣ.

Эта статья—законодательный результатъ ученія Монтескье о раздѣленіи властей. «Не существуетъ свободы, если судебная власть не отдѣлена отъ законодательной и исполнительной. Если бы она была связана съ законодательной властью, то власть надъ жизнью и свободой гражданъ была бы произвольной; ибо судья былъ бы тогда законодателемъ; и (можемъ мы присоединить другое изреченіе Монтескье) если бы приговоры были личными мнѣніями судьи, то тогда люди жили бы въ обществѣ безъ точнаго знанія обязанностей, которыя они приняли на себя въ немъ. Если же, съ другой стороны, судебная власть была бы связана съ исполнительной, то судья обладалъ бы властью угнетателя». А потому—подчиненіе правосудія закону, отдѣленіе его отъ управленія.

Раздѣленіе правосудія и управленія! Управленіе является представителемъ государственныхъ интересовъ, правосудіе—защитникомъ права, и въ душѣ одного и того же вѣ-

домства несовмѣстимы стремленія и ревниво защищать интересы государства, и служить справедливости безъ вниманія къ государственнымъ интересамъ. Старымъ германскимъ правовымъ воззрѣніямъ незнакомо отмежеваніе управленія и правосудія различнымъ вѣдомствамъ, и глава управленія былъ, согласно имъ, въ то же время и высшимъ судьей. Постепенное отвыканіе монарха отъ вмѣшательства въ ходъ правосудія путемъ «предписаній», «кабинетной юстиціи», иллюстрируется наглядно обѣими исторіями о мельникахъ изъ эпохи Фридриха: дѣйствительной исторіей о мельникѣ Арнольдѣ (1780), въ дѣлѣ котораго король замѣнилъ казавшійся ему несправедливымъ приговоръ суда своимъ предписаніемъ, а судей, которые участвовали въ вынесеніи его, какъ «нестоющихъ жалованья», «погналъ къ черту»; и легендарной исторіей о мельникѣ изъ Сансуси: «Знаешь ли ты, что я могъ бы отнять у тебя твою мельницу безъ всякаго вознагражденія?» «Да, если бы только не существовалъ въ Берлинѣ судъ!» Быть можетъ, принадлежащее государю право помилованія нѣкоторымъ покажется остаткомъ кабинетной юстиціи, и дѣйствительно, XVIII вѣкъ отвергъ вмѣстѣ съ кабинетной юстиціей и право помилованія, какъ произвольное нарушеніе закона: «самымъ опаснымъ изъ всѣхъ правъ суверена» называлъ его Кантъ. Однако, одно представляетъ собою право замѣны судебнаго приговора предписаніемъ, и совсѣмъ другое—лишь запрещеніе исполненія его. Въ послѣднемъ не содержится критики судебнаго приговора, ибо рѣшеніе можетъ быть строго законнымъ и все же несправедливо тяжкимъ; и для проявленія справедливости въ отдѣльномъ случаѣ, при столкновеніи его съ разсчитаннымъ на средній случай закономъ, и существуетъ милость. Если судья является слугой не столько справедливости, сколько устойчивости права, то должна именно существовать другая инстанція, которая въ случаяхъ слишкомъ ужъ яркаго противорѣчія между обоими началами, защищаетъ интересы справедливости.

Но правосудіе не только не должно быть связано съ управленіемъ въ одномъ вѣдомствѣ; еще менѣе оно должно быть ему подчинено: независимость правосудія отъ управленія! Ибо задачей правосудія является установить, что есть право; его приговоры называются и являются «опредѣленіями» (Erkenntniss), а опредѣленіе не терпитъ какого-либо предписанія, которое, конечно, не могло бы превратить истинное въ неистинное и наоборотъ. «Свобода науки», поэтому, въ примѣненіи къ практической юриспруденціи превращается въ «судейскую независимость». Поэтому суды не обязаны и даже не имѣютъ права повиноваться распоряженіямъ органовъ управленія и ихъ главы, государя; даже высшіе суды не могутъ имъ предписывать опредѣленнаго толкованія закона: низшіе суды мо-

гутъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ сызнова отступать отъ правового взгляда высшаго суда,—правда, подвергаясь опасности того, что высшій судъ отмѣнитъ ихъ приговоръ и, такимъ образомъ, изъ-за разнорѣчащаго рѣшенія низшаго суда для проигравшей въ конечномъ счетѣ стороны получатся лишь напрасные расходы, вслѣдствіе чего и создается, вопреки всякой правовой независимости, фактически господствующій, а въ интересахъ устойчивости права и часто необходимый «культъ прецедентовъ». Такимъ образомъ, судьи занимаютъ по отношенію къ государю такое же положеніе, какое индетерминистическая теологія предоставляетъ человѣку по отношенію къ Богу: они заимствуютъ свою власть отъ государя,—«именемъ короля» исходятъ ихъ приговоры—но они обладаютъ ею на правахъ свободнаго пользованія, государь отказался отъ какого бы то ни было вліянія на проявленіе заимствованной у него власти.

Итакъ, судья не долженъ въ своемъ приговорѣ подчиняться вліянію свыше; чтобы онъ этого дѣйствительно и не дѣлалъ, стремятся обезпечить «гарантіи судейской независимости»: пожизненное назначеніе, опредѣленное, взыскиваемое судомъ, жалованіе, несмѣняемость и непереводимость. Такимъ путемъ обезпечено, чтобы судья не выносилъ противныхъ его убѣжденію приговоровъ подъ вліяніемъ страха передъ расправой,—но противъ того, чтобы онъ подчинялся внушеніямъ подъ вліяніемъ надежды на карьеру, титулъ и ордена, не существуетъ никакихъ законныхъ, а только одни лишь моральныя средства. А къ законной защитѣ судейской независимости присоединилось еще въ послѣдніе годы обезпеченіе судейскихъ сословныхъ интересовъ путемъ самопомощи, сословныхъ организацій, судейскихъ союзовъ.

Но и помимо давленія на отдѣльнаго судью, правительство было бы въ состояніи вліять на исходъ судебныхъ рѣшеній, если бы оно имѣло вліяніе на составъ судовъ или распредѣленіе процессовъ между судами: оно бы могло тогда въ случаѣ политическаго процесса замѣстить судъ одними лишь вѣрноподданными судьями или выбрать замѣщенный лишь такими судьями судъ. Эта возможность, съ одной стороны, предупреждена тѣмъ, что судъ не назначается для опредѣленныхъ процессовъ отъ случая къ случаю, а опредѣляется общими законными нормами о подсудности, и притомъ по возможности равномѣрно. Иллюстраціей высоко-политическаго значенія этихъ постановленій о подсудности является борьба изъ-за «летучей» или «амбулаторной подсудности печати»: такъ какъ для уголовныхъ процессовъ подсуднымъ является судъ того мѣста, гдѣ произошло преступленіе, а имперскій судъ считалъ преступленіе печати совершеннымъ во всякомъ мѣстѣ, въ которомъ былъ распространенъ хотя бы лишь одинъ экземпляръ пе-

чатнаго произведенія, то въ случаяхъ процессовъ печати большей частью имѣлось множество подлежащихъ судовъ, среди которыхъ прокуроры могли выбирать себѣ наиболѣе благопріятные для осужденія, въ особенности обходя южно-германскіе суды,— пока послѣ долгой борьбы подсудность не была ограничена наконецъ, въ 1902 году, участкомъ мѣста выхода въ свѣтъ печатнаго произведенія. Противъ тенденціознаго замѣщенія правительствомъ подлежащихъ судовъ, съ другой стороны, принимается мѣра въ видѣ «незамѣнимости въ коллегіальномъ судѣ», необходимость которой въ особенности доказала эпоха прусскаго конфликта: распредѣленіе судейскаго персонала и процессовъ между многими отдѣленіями суда, его различными гражданскими или уголовными камерами или сенатами, производится не правительствомъ, а ежегодно заранѣе, въ порядкѣ самоуправленія, независимымъ и въ этомъ отношеніи президіумомъ суда. Таково въ деталяхъ содержаніе общаго положенія закона о судоустройствѣ: «Исключительные суды недопустимы. Никто не можетъ быть изъятъ изъ власти своего законнаго судьи».

Управленіе не должно вторгаться въ правосудіе; правосудіе, съ своей стороны, не должно вторгаться въ сферу законодательства. Поэтому, съ одной стороны, предположеніе о противоконституціонномъ происхожденіи закона, напримѣръ, неправомочности парламента, не даетъ судьѣ права оставлять безъ вниманія правомѣрно обнародованный законъ; обнародованіемъ для судьи безусловно устанавливается соотвѣтствіе закона конституціи. Поэтому, съ другой стороны, предположеніе о несправедливомъ содержаніи закона еще менѣе даетъ ему права уклоняться отъ него; судья всегда можетъ лишь примѣнять право, но никогда не творить право. Монтескье не можетъ найти достаточно яркихъ выраженій для характеристики совершенно нетворческой природы судейской дѣятельности: рѣшенія не должны быть ничѣмъ инымъ, какъ «точной копіей закона», и «для этого не надо ничего, кромѣ глазъ»; судья— лишь «уста, которыя произносятъ слова закона, безвольное существо, которое не можетъ ослабить значенія и строгости закона», и потому судебная власть «въ извѣстномъ отношеніи равна нулю». Но до сихъ поръ съ полнымъ правомъ можно было выставлять въ судебныхъ помѣщеніяхъ изображеніе соломонова рѣшенія, какъ идеальный образъ судебной дѣятельности: оно было творчествомъ права, правотворчествомъ въ дополненіе къ несовершенному закону, даже правотворчествомъ за счетъ несвоевременнаго закона: ибо какъ бы было возможно иначе примѣненіе римскаго права у другого народа и въ эпоху, которая на тысячу лѣтъ моложе? Но тотъ, кто хочетъ творить

право, долженъ быть честенъ. Въ творчествѣ права, въ созданіи правовыхъ нормъ, нормъ оцѣнки судья принималъ участіе всей своей личностью: не только ея познавательной, но и ея оцѣнивающей стороной, не только интеллектомъ, но и характеромъ,—и именно изъ требованій, обращенныхъ къ характеру, Schwabenspiegel (около 1275 г.) образуетъ съ захватывающимъ паѳосомъ свой судейскій идеалъ: «Всякій судья долженъ обладать четырьмя добродѣтелями: первую составляетъ справедливость, вторую—мудрость, третью—сила, четвертую—мѣра»,—слѣд. извѣстными четырьмя основными добродѣтелями; или, говоря трезвыми словами Каролины (1532 г.): судьи и выносящіе рѣшенія должны быть «благочестивыми, почтенными, разумными и опытными людьми». Уже во внѣшнемъ поведеніи долженъ проявиться судейскій характеръ: «Судья долженъ (согласно сейстскому городскому праву) сидѣть въ своемъ креслѣ какъ суровый левъ, правую ногу положить на лѣвую, и если онъ не можетъ правильно рѣшить на основаніи самого дѣла, то обсудить и разъ, и два, и три». На такіе ирраціональные факторы раціонализмъ эпохи просвѣщенія, въ глазахъ котораго вся человѣческая природа разлагается на эгоизмъ и разумность, не могъ полагаться. Если глубочайшей чертой характера человѣка является эгоизмъ, то должно быть исключено всякое вліяніе характера на правосудіе,—лишь интеллектъ, тщательно изолированный отъ характера, путемъ гарантій судейской независимости, долженъ функціонировать въ правосудіи. На судейскомъ креслѣ судья является не чѣмъ инымъ, какъ аппаратомъ для подведенія подъ статью закона, машиной для вынесенія рѣшеній, автоматомъ права, или какъ еще иначе выражаютъ новый судейскій идеалъ интеллектуальности, лишенной права оцѣнки и потому индивидуальности. А такъ какъ интеллектъ не можетъ создавать никакихъ нормъ оцѣнки, судья же, функціонирующій лишь въ качествѣ интеллекта, не можетъ творить никакихъ правовыхъ нормъ, то и судебная дѣятельность должна ограничиваться лишь примѣненіемъ права. Измѣнившійся взглядъ на судью и судебное рѣшеніе, такимъ образомъ, представляется намъ какъ спеціальный случай разобраннаго нами выше основного правила всякой законодательной техники—такъ регулировать право, чтобы оно всякому человѣку облегчало возможность мыслить хорошо, но никогда не нуждалось въ томъ, чтобы онъ именно такъ мыслилъ» (Шиллеръ) [1].

[1]) О «Судьяхъ и правосудіи въ нѣмецкомъ прошломъ» см. иллюстрированное соч. Heinemann'a (Georg Steinhausens Monographien zur deutschen Kulturgeschichte Bd. 4); къ психологіи современнаго судьи — Beradt'a Судья (въ Sammlung Buber'a, Die Gesellschaft). Собраніе изреченій о юристахъ и юриспруденціи представляетъ собою Stammbuch des Juristen und Beamten (Stuttgart, 1869).

Однако, можетъ ли судебная дѣятельность ограничиваться примѣненіемъ права? Судья не долженъ выносить сторонамъ, пщущимъ права, рѣшенія въ томъ смыслѣ, что спорный между ними правовой вопросъ неразрѣшимъ, ибо законъ въ отношеніи его заключаетъ пробѣлъ, противорѣчивъ или неясенъ; будь то выражено ясно, или не выражено, но вездѣ дѣйствуетъ знаменитое положеніе французскаго Code Civil (1804): «Судья, который отказывается вынести рѣшеніе подъ предлогомъ, что законъ оставилъ данный случай не затронутымъ, что законъ темень или недостаточенъ, можетъ быть привлеченъ къ отвѣтственности за отказъ въ правосудіи»; но добиться яснаго и непротиворѣчиваго рѣшенія по поводу всякаго мыслимаго случая путемъ простого примѣненія права судья могъ бы лишь тогда, если бы уже авторъ закона ясно и непротиворѣчиво предусмотрѣлъ всякій мыслимый случай, и авторы законовъ въ эпоху Монтескье дѣйствительно надѣялись въ этомъ на себя,—достаточно характерно, что въ противоположномъ предположеніи судьи Code Civil можетъ видѣть лишь «предлогъ»! Наша эпоха не вѣритъ больше въ это. Кто бы, дѣйствительно, могъ избѣгнуть при формулировкѣ закона всякаго противорѣчія съ какой-нибудь изъ необозримо многихъ изданныхъ раньше правовыхъ нормъ? Кто можетъ предвидѣть всѣ случаи, которые безконечно многообразная жизнь когда-нибудь прибьетъ къ берегу? Но и наша эпоха еще часто считаетъ себя обладающей таинственной способностью изъ полнаго пробѣловъ, неяснаго и противорѣчиваго произведенія автора закона безъ собственнаго творческаго содѣйствія выводить ясное и непротиворѣчивое рѣшеніе на каждый случай. Цѣлый застѣнокъ изъ способовъ толкованія предоставляется въ распоряженіе юриста, чтобы заставить говорить молчащій законъ: словесное, распространительное и ограничительное толкованіе, заключеніе по сходству (аналогія) и заключеніе изъ противоположнаго (argumentum a contrario); только, къ сожалѣнію, нигдѣ не установлено правила о томъ, когда слѣдуетъ примѣнять одно и когда другое.

У пріемной (мы повторяемъ старый примѣръ) было прибито объявленіе: «Собакъ вводить въ пріемную воспрещается». Однажды является вожакъ съ медвѣдемъ и спрашиваетъ себя о томъ, можетъ ли онъ ввести съ собою своего косматаго спутника. Онъ полагаетъ, что то, что примѣнимо къ собакѣ, должно быть примѣнимо и къ медвѣдю и, если бы онъ былъ юристомъ, то утверждалъ бы, что добылъ этотъ результатъ изъ объявленія путемъ заключенія по сходству: медвѣдь не долженъ входить потому, что онъ животное, какъ и собака. Но почему онъ использовалъ именно заключеніе по сходству, а не заключеніе изъ противоположнаго, которое сказало бы ему обратное: медвѣдь можетъ войти, такъ какъ онъ медвѣдь, а не собака? Оче-

видно потому, что это заключеніе привело бы къ абсурдному результату. Толкованіе, такимъ образомъ, является результатомъ—своего результата, способъ толкованія избирается лишь послѣ того, какъ результатъ уже установленъ; такимъ образомъ способы толкованія служатъ въ дѣйствительности лишь тому, чтобы потомъ основать на текстѣ то, что въ творческомъ дополненіи текста было уже найдено раньше, и какъ бы это творческое дополненіе ни называлось, для его обоснованія всегда наготовѣ тотъ или иной способъ толкованія, заключеніе по сходству или заключеніе изъ противоположнаго. Но если бы нашъ вожакъ медвѣдя былъ юристомъ, то онъ бы и самъ вѣрилъ, что изъ объявленія вытекаетъ то, что онъ въ него вложилъ.

Однако, эту вѣру юриста въ то, что онъ толкуетъ тамъ, гдѣ онъ лишь подставляетъ; что можно, напримѣръ, регулировку сложныхъ случаевъ будущихъ воздушныхъ сношеній вывести изъ гражданскаго уложенія, въ которомъ она безсознательно даже для законодателя уже дремала «подобно мраморной статуѣ въ мраморной глыбѣ»,—эту ложную вѣру мы можемъ, пожалуй, одобрять, какъ полезную границу судейскаго произвола, но не раздѣлять. Однако, если мы ее разрушаемъ и въ судьѣ, то мы тѣмъ самымъ еще не даемъ ему власти, которой бы онъ не обладалъ раньше—ибо строгая зависимость судьи тамъ, гдѣ законъ говоритъ, не устраняется признаніемъ его творцомъ права тамъ, гдѣ законъ молчитъ,—а выясняемъ лишь передъ его сознаніемъ ту власть, которую онъ, безсознательно для себя, всегда проявлялъ. Свобода, которая предоставлена судьѣ для творческой дѣятельности, правда, различна въ различныхъ областяхъ права. Въ гражданскомъ правѣ судья относительно свободенъ при установленіи наличности обязательства, напримѣръ: для распространенія по аналогіи отвѣтственности хозяина гостиницы за пропавшую вещь на общество спальныхъ вагоновъ не установлено никакихъ границъ; въ возрастающемъ количествѣ случаевъ законодатель даже категорически указываетъ на «справедливую оцѣнку», «разумную оцѣнку случая», «добрые нравы», или какъ бы тамъ иначе ни назывались подобныя указанія на самостоятельное правотворчество. Но при установленіи мѣры обязательства гражданскій судья, напротивъ того, крайне связанъ: онъ не можетъ присудить истцу ни одной копейкой больше или меньше, чѣмъ оцѣнивается причиненный ему вредъ или сдѣланный имъ заемъ. Какъ разъ наоборотъ: уголовный судья тѣсно ограниченъ при рѣшеніи вопроса о самомъ наказаніи—мы познакомились уже съ запрещеніемъ распространенія уголовныхъ законовъ по аналогіи,—при рѣшеніи же вопроса о размѣрахъ наказанія онъ, напротивъ, чрезвычайно свободенъ: норма о кражѣ предоставляетъ ему для выбора

1826—1827 различныхъ размѣровъ наказаній, норма же о мошенничествѣ, какъ кто-то шутя вычислилъ, даже отъ 7 до 8 милліардовъ.

Признаніе того, что законъ неизбѣжно заключаетъ пробѣлы и что въ предѣлахъ его пробѣловъ судья вынужденъ прибѣгать къ подобному законодательному свободному творчеству права, составляетъ заслугу «движенія свободнаго права», которое, являясь самымъ могучимъ признакомъ жизни нѣмецкой науки права со времени Іеринга, еще недавно было встрѣчено негодованіемъ, какъ неслыханное явленіе, а нынѣ уже въ качествѣ давно знакомаго вызываетъ къ себѣ презрительное отношеніе; оно въ нѣсколько лѣтъ продѣлало сужденный всякому познанію путь отъ парадокса до банальности и вслѣдствіе такъ неожиданно для него самого выросшаго количества выдающихся возрастомъ и положеніемъ своихъ приверженцевъ уже теперь жалуется на недостатокъ противниковъ и слишкомъ быстро отцвѣтшую пору юношески смѣлыхъ гусарскихъ наѣздовъ въ страну юридическихъ филистеровъ*). Въ качествѣ credo движенія свободнаго права могутъ служить слова о задачахъ судьи, которыя Евгеній Губеръ помѣстилъ въ началѣ швейцарскаго гражданскаго уложенія: «Законъ примѣняется ко всѣмъ правовымъ вопросамъ, о которыхъ онъ заключаетъ въ себѣ, согласно тексту или толкованію, опредѣленіе. Если изъ закона нельзя извлечь никакого опредѣленія, то судья долженъ рѣшать согласно обычному праву, а если нѣтъ его, то согласно правилу, которое онъ бы установилъ въ качествѣ законодателя. Онъ слѣдуетъ при этомъ признанной наукѣ и традиціи». Если движеніе свободнаго права полагаетъ, что оно этимъ высказываетъ лишь то, что есть, то оно все же придаетъ этому выявленію въ сознаніи судьи того, что выполнялось до сихъ поръ лишь безсознательно, чреватое послѣдствіями значеніе. Ибо до тѣхъ поръ, пока судья считаетъ своей обязанностью примѣненіе права, тогда какъ его долгомъ въ дѣйствительности является творчество права, онъ, вмѣсто того, чтобы съ спокойной совѣстью повиноваться громкому голосу своего правового чувства, будетъ легко выжимать изъ молчащаго закона противорѣчащее правовому чувству рѣшеніе и, если даже онъ слѣдуетъ этому голосу, то будетъ обосновывать свое рѣшеніе не ясными требованіями правового чувства, изъ которыхъ оно проистекло, а искусственными мнимыми мотивами, второ-

*) Въ качествѣ доказательствъ движенія свободнаго права укажемъ: Eugen Ehrlich, Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft 1903, Gnaeus Flavius (Hermann U. Kantorowicz) Der Kampf um die Rechtswissenschaft 1906 и произведенія адвоката изъ Карлсруэ Эрнста Фукса. Ср. также Sternberg, Einführung, 2 Aufl. 1912 (Sammlung Göschen). (На русскомъ языкѣ см. «Движеніе въ пользу свободнаго права—И. З. Штренберга въ Юридическихъ Запискахъ за 1913 г. Вып. I—II. Ярославль.

степенными выраженіями закона, при которыхъ законодатель вѣроятно, ничего не думалъ, и, навѣрное, ужъ не думалъ о данномъ случаѣ. То обстоятельство, что въ мотивировкахъ рѣшеній часто находимъ выраженной не столько мудрость судьи, сколько ловкость рукъ престидижитатора, который съ удивительнымъ волшебствомъ извлекаетъ изъ закона рѣшеніе, которое онъ раньше самъ тайно вложилъ въ него,—несомнѣнно сильно содѣйствовало преусловатому «отчужденію между правомъ и народомъ». И присловутая отчужденность юриста отъ жизни» также, несомнѣнно, главнымъ образомъ основывается на томъ, что программа ученія развивающагося юриста, вслѣдствіе принятія мнѣнія о томъ, что юридическая дѣятельность исчерпывается примѣненіемъ права, ограничивается внѣдреніемъ въ него правовыхъ знаній,—въ то время какъ, когда, наконецъ, будетъ понята правотворческая задача юриста, широкое мѣсто въ образованіи юриста займутъ философіи права и политика права, которыя выясняютъ тѣ новыя оцѣнки, на которыхъ можетъ оріентироваться творчество права, и общественныя науки, которыя учатъ познаванію тѣхъ жизненныхъ потребностей, для которыхъ надо будетъ творить право—divinarum atque humanarum rerum notitia, по выраженію римскаго юриста. Надо надѣяться, что въ ближайшее время не будетъ больше юридическихъ учебниковъ, которые, подобно большинству современныхъ учебниковъ гражданскаго права, ограничиваются изложеніемъ содержанія правового строя, не касаясь даже цѣли, основанія и результатовъ его постановленій. Правда, до сихъ поръ, политико-правовыя, философско-правовыя и соціально-правовыя подготовительныя работы для юридическихъ учебниковъ будущаго едва начаты наукой. Но такъ какъ правотворчество судьи представляетъ собою актъ не только одного разума, но вмѣстѣ съ тѣмъ и воли, то движеніе свободнаго права требуетъ отъ судьи не только юридическихъ и другихъ знаній, но и юридическихъ убѣжденій. Профессія юриста такъ же, какъ и профессія врача, учителя, священника, не представляетъ собою простого ремесла, которое сводится ко внѣшнимъ дѣйствіямъ, не затрагивающимъ самыхъ истоковъ души, — и все же ни одну профессію не понимаютъ такъ часто въ этомъ смыслѣ. Поэтому юридическое преподаваніе должно превращаться въ дѣйствительное юридическое образованіе, которое не считается законченнымъ до тѣхъ поръ, пока профессія юриста не войдетъ въ кровь и плоть его личности. Однако настоящій судья представляетъ собою рѣдкій и счастливый случай, и потому свободно-правовое движеніе выливается въ конечномъ счетѣ въ требованіе реформы судебнаго строя, которая путемъ, напримѣръ, освобожденія отъ письменности въ низшихъ инстанціяхъ, ограниченія инстанцій, замѣны коллегіальныхъ судовъ

единоличнымъ судьей, должна уменьшить число судей и сдѣлать такимъ образомъ возможнымъ, чтобы лишь достойнѣйшіе—напримѣръ, заслуженные въ долгой практикѣ адвокаты—занимали мѣсто судей[1]). Движеніе свободнаго права освобождаетъ такимъ образомъ науку права отъ ея упорной уединенности, распахиваетъ всѣ окна ея тѣсной квартиры и раскрываетъ передъ нею полноту жизни тамъ, во внѣ, и широкое небо идеи надъ нею. Лишь такимъ образомъ можно бороться съ широко распространеннымъ среди нашихъ молодыхъ юристовъ недовольствомъ своей профессіей. Уже Шиллеръ, вѣдь, превосходно высказалъ въ своей академической вступительной рѣчи, почему такъ легко «правовѣду дѣлается противной его наука права»: «онъ чувствуетъ себя отрѣзаннымъ, вырваннымъ изъ связи вещей, ибо онъ не постарался о томъ, чтобы связать свою дѣятельность съ великимъ цѣлымъ всего міра».

Противъ правотворчества судей возражаютъ въ томъ смыслѣ, что, такъ какъ внѣ положительнаго права не существуетъ никакого общеобязательнаго права, то, поскольку судьи не примѣняютъ положительнаго права, а сами устанавливаютъ его, ихъ рѣшенія являются субъективными, различными въ зависимости отъ міровоззрѣнія и государственныхъ взглядовъ и, такимъ образомъ, устойчивости права, единству правосудія, предвидимости рѣшеній угрожаетъ тяжкая опасность. Однако противъ проявленія въ правосудіи слишкомъ рѣзкой субъективности гарантируетъ существованіе двухъ учрежденій: коллегіальнаго суда и множественности инстанцій; тѣмъ, что въ вынесеніи рѣшенія участвуютъ многіе судьи одновременно и многіе суды въ послѣдовательности, индивидуальныя своеобразія отдѣльныхъ судей приводятся къ средней линіи принятыхъ въ обществѣ нормативныхъ сужденій. Наконецъ, то, что еще продолжаетъ вызывать сомнѣніе, смягчается обращеніемъ взора на ту страну, которая обладаетъ самымъ уважаемымъ судейскимъ сословіемъ міра, ибо она признаетъ въ самыхъ широкихъ размѣрахъ правотворчество судей: на Англію. Благодаря тому, что англо-саксонскій культурный міръ остался незадѣтымъ рецепціей римскаго права, между Англіей и Сѣверной Америкой, съ одной стороны, и странами рецепціи, съ другой, раскрылась такая пропасть, культурный міръ раскололся на двѣ правовыя культуры столь различнаго вида, что крайне затруднительно даже взаимное пониманіе ихъ; за нѣмецкимъ изобразителемъ англійскихъ правовыхъ отношеній такъ часто непосредственно слѣдовалъ критикъ съ упрекомъ

[1]) Исходнымъ пунктомъ этого движенія въ пользу судебной реформы явилась вызвавшая много споровъ книга F. Adickes, Grundlinien durchgreifender Justizreform. 1906.

въ искаженіи ихъ въ духѣ континентальныхъ правовыхъ воззрѣній, что необходимо признать, что англійская правовая жизнь вообще не можетъ быть уложена безъ остатка въ нѣмецкія правовыя понятія. Это справедливо въ особенности въ отношеніи къ правовому положенію англійскаго судьи, хотя онъ, въ противоположность романизированному судьѣ континента, и олицетворяетъ собою именно германское воззрѣніе на судью. Англійское право не участвовало въ континентальномъ «кодификаціонномъ движеніи», въ переводѣ обычнаго права безъ остатка въ форму закона. Какъ нѣкогда наша историческая школа права, такъ англійское воззрѣніе на право и нынѣ признаетъ за закономъ лишь одну цѣль: помогать выступающимъ въ отдѣльныхъ пунктахъ недостаткамъ обычнаго права; однако потокомъ, который несетъ на своей поверхности эти отдѣльныя части законнаго права (statute law), образовалось обычное право или, лучше сказать, судебный прецедентъ (case law), изложенный въ многихъ тысячахъ томовъ собраній рѣшеній (law reports). Для свѣдѣнія молодого романиста упомянемъ кстати, что какъ римское право распадалось на jus civile и jus gentium, такъ это обычное право распадается на примѣнявшееся прежде одними обыкновенными судами строгое право (common law) и на право справедливости (Equity), когда-то предоставлявшееся для исправленія суровости перваго, на подобіе римскаго претора, лордканцлеру, нынѣ же также отданное въ руки обыкновенныхъ судовъ. Въ этихъ обоихъ видахъ обычное право, и тѣмъ самымъ главная масса англійскаго права, является результатомъ творчества судейскаго сословія. Если, такимъ образомъ, въ исторіи англійскаго права судейскому сословію принадлежитъ почти роль законодателя, то отдѣльный нынѣшній англійскій судья является прежде всего болѣе связаннымъ, чѣмъ континентальный. Ибо на мѣсто существующаго у насъ добровольнаго «культа прецедентовъ» въ Англіи существуетъ, въ интересахъ устойчивости права, юридическая обязательность прецедентовъ (precedents), и притомъ прецедентовъ не только высшихъ судовъ, но обычно и равноправныхъ, и даже низшихъ судовъ, поскольку они выработали постоянную практику. Такимъ образомъ, на плечи англійскаго судьи ложится тяжесть прецедентовъ многихъ столѣтій, и тѣмъ не менѣе онъ оттого не дѣлается неспособнымъ къ историческому дальнѣйшему развитію права. У него не только остается возможность свободнаго правотворчества въ случаяхъ, не имѣющихъ прецедентовъ, ему не только разрѣшается въ исключительныхъ случаяхъ оставлять безъ вниманія прецедентъ (to overrule) — но прежде всего прецеденты вообще совершенно не въ состояніи вслѣдствіе пестроты своей такъ крѣпко связывать свободу судьи, какъ неподвижная буква закона; ибо общая законная

норма должна быть всегда выведена изъ спеціальнаго рѣшенія прецедента лишь путемъ часто неточнаго разсужденія. Такимъ образомъ, англійскому правосудію, какъ и англійской правовой жизни вообще, присущи неподвижность и эластичность вмѣстѣ въ неподражаемомъ сочетаніи, которое пріобрѣтается лишь столѣтіями культуры юридическаго такта и напоминаетъ о другомъ великомъ народѣ права, о римлянахъ[1]).

Наряду съ профессіональными судьями существуютъ для уголовныхъ дѣлъ, вслѣдствіе наличнаго стремленія къ еще болѣе несомнѣнной независимости, народные судьи. Профессіональнаго судью гарантіи судейской независимости могутъ въ лучшемъ случаѣ предохранить лишь отъ внѣшнихъ вліяній, но не отъ безсознательнаго внушенія, которое на него обычно можетъ оказывать его троякое положеніе въ качествѣ юриста, государственнаго чиновника и представителя владѣющихъ общественныхъ классовъ, въ особенности въ политическихъ процессахъ. Полная независимость народнаго судьи отъ государственной власти и основанное на этомъ довѣріе даютъ голосу народа поводъ, правда въ совершенномъ противорѣчіи съ дѣйствующимъ правомъ, приписывать ему и далеко идущую независимость отъ государственнаго закона и полномочія давать перевѣсъ милости надъ правомъ.

Участіе народнаго элемента въ уголовныхъ дѣлахъ развилось у насъ въ двухъ формахъ: въ судѣ шеффеновъ выносятъ рѣшенія народные судьи вмѣстѣ съ профессіональными, въ судѣ присяжныхъ — раздѣльно: присяжные одни по «вопросу о виновности», т. е. о наказуемости, коронный судъ одинъ — по «вопросу о наказаніи», т. е. о мѣрѣ наказанія. Вопросъ о смыслѣ и цѣнности этого распредѣленія труда въ судѣ присяжныхъ не можетъ быть обойденъ нами и въ предѣлахъ этихъ принципіальныхъ разсужденій. Проблема, которая фигурировала въ политической программѣ двухъ революцій, 1789 года и 1848 года, на первомъ мѣстѣ, не можетъ быть разсматриваема какъ лишь юридически-техническая проблема.

Раздѣленіе труда въ судѣ присяжныхъ основывается не на мотивахъ цѣлесообразности, а на историческихъ причинахъ. Мы импортировали присяжныхъ въ 1848 году изъ Франціи, Франція импортировала ихъ 1791 году изъ Англіи, куда они перекочевали въ далекомъ прошломъ съ французской почвы. Присяжные появляются впервые въ IX вѣкѣ въ странѣ франковъ, а именно въ гражданскомъ процессѣ: судья опрашиваетъ по поводу спорныхъ фактовъ извѣстное количество членовъ общины, которые раньше присягнули въ правдивости своихъ заявленій. Присяжные были, слѣдовательно, тогда сви-

[1]) Для введенія: Geldart, Elements of Englich Law. London 1912.

дѣтелями въ гражданскомъ процессѣ. Это учрежденіе перекочевало вмѣстѣ съ Вильгельмомъ Завоевателемъ (1066) изъ Нормандіи въ Англію. Здѣсь «жюри доказательствъ» получило скоро доступъ и въ уголовный процессъ: обвиняемый, который согласно германскому воззрѣнію на право долженъ былъ доказывать свою невиновность, и именно путемъ поединка или Божьяго суда, получилъ вначалѣ лишь по особой привилегіи, а послѣ и на основаніи закона, право доказывать свою невиновность вмѣсто поединка или Божьяго суда путемъ ссылки на свидѣтельство присяжныхъ. Присяжные отнынѣ являются свидѣтелями защиты въ уголовномъ процессѣ. Изъ этихъ свидѣтелей защиты постепенно образовываются судьи. Прежде всего право отрицающаго свою вину обвиняемаго ссылаться въ свою защиту на присяжныхъ превращается въ обязанность, съ тѣхъ поръ какъ исчезаютъ другія средства доказательствъ, запрещается божій судъ въ 1219 году, и поединокъ выходитъ изъ употребленія. На мѣсто свидѣтельствъ отдѣльныхъ присяжныхъ явилось уже коллективное свидѣтельство скамьи присяжныхъ; однако, въ то время какъ оно, подобно свидѣтельскимъ показаніямъ, до сихъ поръ еще черпалось изъ собственной сосѣдской освѣдомленности присяжныхъ о положеніи дѣла, съ 1530 года начинается провѣрка доказательствъ передъ присяжными, а съ 1650 года они должны выносить рѣшенія лишь на основаніи этой провѣрки доказательствъ, а не случайной собственной освѣдомленности. Отъ ихъ роли въ качествѣ орудія доказательства защиты однако сохранилось еще и теперь то, что передъ ними проходили лишь доказательства обвиненія, ибо доказательства защиты представляютъ они сами; лишь съ 1702 года и доказательства защиты должны проходить передъ ними. Такимъ образомъ присяжные изъ свидѣтелей защиты превратились въ судей, сохранивъ, однако, до сегодняшняго дня отъ своего первоначальнаго свидѣтельскаго характера одно: то, что они могутъ принимать участіе въ рѣшеніи вопроса о винѣ, а не вопроса о наказаніи.

Если такимъ образомъ возникновеніе раздѣленія труда въ судѣ присяжныхъ нельзя объяснить соображеніями цѣлесообразности, то все же существованіе его можно оправдывать такими соображеніями цѣлесообразности. Какъ разъ въ области исторіи права мы часто встрѣчаемся съ явленіемъ «измѣненія цѣли»: правовое учрежденіе, созданное ради давно исчезнувшихъ изъ памяти цѣлей, вызываетъ въ совершенно другомъ направленіи такіе полезные результаты, которые отнынѣ кажутся оправдывающей ихъ существованіе цѣлью. Однако, раздѣленію труда въ судѣ присяжныхъ часто совершенно отказываютъ въ такихъ полезныхъ результатахъ. Присяжные должны отвѣчать на вопросъ о виновности, но для этого вѣдь тре-

буется знаніе юридическихъ понятій, изъ которыхъ составляется вопросъ о винѣ, а короткое правовое напутствіе предсѣдателя недостаточно для передачи необразованнымъ въ юридическомъ отношеніи присяжнымъ этого знанія. Такъ какъ у присяжнаго нѣтъ компаса мышленія понятіями, то онъ даетъ руководить собою безъ удержу своей «intime conviction», своему доброму сердцу, или своему нравственному негодованію, или ожидаемому наказанію, отрицаетъ, напримѣръ, предумышленность убійства лишь потому, что онъ хотѣлъ бы предупредить смертный приговоръ. И подобно тому, какъ скамья присяжныхъ вторгается въ вопросъ о наказаніи, такъ коронный судъ по необходимости вторгается въ вопросъ о виновности. Чтобы опредѣлить мѣру наказанія, онъ долженъ вѣдь составить себѣ картину о виновности, а эта картина, возможно, совершенно иная, чѣмъ та, которая рисовалась присяжнымъ при утвердительномъ отвѣтѣ на вопросъ, коронные судьи вѣдь не могутъ вдуматься въ душу большинства присяжныхъ, они часто даже не хотятъ становиться на ихъ точку зрѣнія, когда, напримѣръ, въ случаѣ вердикта присяжныхъ о неумышленности убійства они проявляютъ свое собственное мнѣніе о наличности на самомъ дѣлѣ умышленнаго убійства, по крайней мѣрѣ, тѣмъ, что присуждаютъ къ высшей мѣрѣ наказанія, положенной за неумышленное убійство. Это «двоязычіе» рѣшенія суда присяжныхъ неизбѣжно — и все же нельзя согласиться съ тѣми, которые хотятъ замѣнить суды присяжныхъ судами шеффеновъ. У насъ въ Германіи уже были раньше суды шеффеновъ; но когда явилось римское право, то романистическое самомнѣніе видѣло въ шеффенахъ только «дурацкихъ судей», въ лучшемъ случаѣ достаточныхъ для суда надъ «мошенническими курами и другими лукавыми животными»; духовное превосходство ученаго судьи сначала припирало неученаго шеффена къ стѣнѣ, а потомъ совершенно вытѣснило изъ суда. И нынѣшніе коронные судьи въ судѣ шеффеновъ нерѣдко проявляютъ наклонность обращаться съ шеффенами, какъ съ простыми статистами. Поэтому тотъ, кто серьезно относится къ участію народнаго элемента въ судѣ, будетъ стоять за судъ присяжныхъ; а когда юридическая безпомощность присяжныхъ дѣйствительно иногда вызоветъ противоправное оправдательное рѣшеніе, то можно утѣшаться тѣмъ, что въ такомъ случаѣ большею частью одержало побѣду лишь право завтрашняго дня надъ правомъ сегодняшняго, или — милость надъ правомъ.

Другой характеръ, чѣмъ въ гражданскихъ уголовныхъ судахъ, носитъ участіе народнаго элемента въ военныхъ уголовныхъ судахъ и въ опредѣленныхъ гражданскихъ судахъ: въ коммерческихъ, промышленныхъ и купеческихъ судахъ. Тѣ представляютъ собою народные суды, эти — профессіональные

суды; тамъ судьи изъ народа должны прежде всего ограничивать власть судейской бюрократіи, здѣсь — они должны въ качествѣ свѣдущихъ въ жизни и профессіи людей помогать юридически образованнымъ судейскимъ чиновникамъ и обезпечивать вниманіе къ интересамъ представляемыхъ ими профессіональныхъ классовъ при дальнѣйшемъ образованіи права путемъ творческаго правосудія; тамъ — участіе народа должно мѣшать, здѣсь же, напротивъ того, именно содѣйствовать тому, чтобы въ рѣшеніи суда получили выраженіе взгляды опредѣленной группы населенія; тамъ — оно служитъ, главнымъ образомъ, устойчивости права, здѣсь — справедливости. Характерно для этой противоположности, что однѣ и тѣ же политическія партіи, не впадая въ непослѣдовательность, въ одной формѣ могли требовать участія народа, а въ другой — бороться съ нимъ, для гражданскаго уголовнаго правосудія могли защищать замѣну юристовъ не юристами, для военнаго же уголовнаго правосудія, наоборотъ — замѣну не юристовъ, т. е. офицеровъ, юристами. На основаніи либеральнаго принципа «равенства передъ судьей» велась въ особенности борьба противъ новѣйшихъ гражданскихъ народныхъ судовъ, противъ промышленныхъ судовъ (1890) и купеческихъ судовъ (1904), созданныхъ для разрѣшенія споровъ между промышленными и купеческими работодателями и рабочими и служащими. Будучи учрежденными не государствомъ, а общинами, эти суды совершенно выдѣлились изъ рамокъ обыкновеннаго судоустройства въ качествѣ «особыхъ судовъ». Все новыя группы населенія требуютъ теперь для себя новыхъ особыхъ судовъ или изымаютъ свои юридическіе споры совершенно изъ вѣдомства государственнаго суда путемъ договорнаго подчиненія третейскому суду, напримѣръ, биржевому третейскому суду. Мы уже нѣкогда обладали въ средніе вѣка судебной организаціей, которая открывала различные суды всѣмъ общественнымъ слоямъ, свѣтскимъ и духовнымъ лицамъ, рыцарямъ, горожанамъ и крестьянамъ, студентамъ и филистерамъ. Вмѣстѣ съ сословно-родовой организаціей была устранена въ современномъ государствѣ и эта пестрая подсудность, и если она теперь опять пробуждается въ измѣненной формѣ, то это составляетъ одинъ изъ многихъ симптомовъ сословныхъ новообразованій будущей профессіонально-сословной организаціи нашей общественной жизни.

Политическія идеи, которыя всегда участвовали въ созданіи нашей судебной организаціи, встрѣчаются намъ и при переходѣ къ адвокатурѣ. Съ точки зрѣнія политической характерологіи, сословіе юристовъ расчленяется на двѣ группы: юристы, работающіе въ администраціи, и судьи образуютъ консервативную въ общемъ группу, причемъ опять-таки кон-

сервативизмъ юриста изъ администраціи, который можетъ себя чувствовать въ качествѣ персонифицированнаго государственнаго интереса, имѣетъ окраску больше лично-авторитарную, а консерватизмъ судьи, который привыкъ ставить право выше всякаго интереса, имѣетъ больше оттѣнокъ незаинтересованности міровоззрѣнія. Въ качествѣ либерально-демократическаго элемента сословія юристовъ имъ противостоитъ адвокатура. Привыкая въ качествѣ профессіональнаго представителя индивидуальныхъ интересовъ разсматривать правовой строй подъ угломъ зрѣнія индивидуальной цѣлесообразности, адвокатура и въ политикѣ является прирожденнымъ представителемъ индивидуальнаго интереса; девяносто адвокатовъ сидѣло въ церкви св. Павла — почти шестая часть собранія! Поэтому государственная власть всегда пыталась превратить адвоката въ чиновника и тѣмъ самымъ поставить въ зависимость отъ ея желанія допущеніе его въ адвокатуру и подчинить его государственной дисциплинарной отвѣтственности. Правда, борьба между государственной властью и адвокатурой начинается еще ранѣе, чѣмъ адвокатура сознала свою политическую миссію; достаточно вспомнить замѣчательный кабинетскій указъ Фридриха Вильгельма I (1739): «Если, начиная черезъ восемь дней отъ завтрашняго дня, адвокатъ или прокураторъ или другой подобный человѣкъ Его Королевскаго Величества осмѣлится принять отъ солдатъ документы въ дѣлахъ процесса или милости, или если тотъ или другой будетъ возбуждать людей къ подачѣ Его К. В. документовъ по поводу разсмотрѣнныхъ и законченныхъ дѣлъ, то Его К. В. такого человѣка прикажетъ повѣсить безъ снисхожденія и рядомъ съ нимъ собаку». При его преемникѣ адвокаты даже были на время (1781—1793) совершенно устранены. Либерализмъ, напротивъ, требовалъ, руководясь яснымъ желаніемъ пріобрѣсти въ адвокатурѣ юридически образованный и все же независимый человѣческій матеріалъ для парламента и самоуправленія, примѣненія идеи свободы профессій и къ адвокатурѣ, «свободной адвокатуры»; въ нѣмецкомъ уставѣ объ адвокатурѣ (1878) это требованіе, нашло, наконецъ свое осуществленіе: «Всякій, кто обладаетъ способностями къ адвокатурѣ, долженъ быть по-своему заявленію допущенъ къ ней при судахъ того изъ союзныхъ государствъ, въ которомъ онъ сдалъ дающій право на судейскую должность экзаменъ»[1]).

Наряду съ оплачиваемой юридической помощью адвоката въ новѣйшее время выступаетъ общедоступная юридическая помощь черезъ юридическія консультаціи, рабочіе секрета-

[1]) О профессіи адвоката см. прекрасную книгу Бенедикта (вѣнскаго адвоката): Адвокатура нашего времени. 4 изд. 1912.

ріаты, женскія юридическія консультаціи, учрежденія попечительствъ о дѣтяхъ или основываемыя союзами или общинами учрежденія, подъ иными названіями, которыя стремятся помочь малоимущему человѣку, который такъ часто не добивается своего права только потому, что право не приходитъ къ нему, что онъ не знаетъ или не умѣетъ защищать тѣхъ полномочій, которыя оно ему даетъ. Въ рамкахъ этихъ учрежденій на нашихъ глазахъ вырабатывается совершенно новый типъ юристовъ и юристокъ. Адвокатъ, который бы служилъ обѣимъ сторонамъ, совершилъ бы наказуемое дѣяніе, — юридическая консультація, напротивъ, предлагаетъ свои совѣты обѣимъ сторонамъ; она, такимъ образомъ, не является подобно адвокату представителемъ стороны, а стоитъ надъ сторонами; однако, опять-таки въ другомъ смыслѣ, чѣмъ судья. Наряду съ административнымъ чиновникомъ, который стремится къ осуществленію въ предѣлахъ права государственнаго интереса, адвокатомъ, который работаетъ въ интересахъ своей стороны, судьей, который имѣетъ въ виду лишь интересы права,—здѣсь выступаетъ юристъ, который разсматриваетъ право какъ средство на службѣ соціальныхъ цѣлей. Соціальный юристъ является практическимъ коррелатомъ къ требуемому теперь наукой изслѣдованію соціальной функціи права, и отъ него наука должна ожидать самой цѣнной подготовительной работы. Уже сейчасъ въ годовыхъ отчетахъ юридическихъ консультацій покоится въ множествѣ цѣнный, однако наукой еще не изученный матеріалъ.

Если перелистывать книги остротъ, собранія пословицъ и эпиграммы стараго времени, то мы постоянно видимъ, какъ въ постоянно новыхъ остроумныхъ выраженіяхъ вышучивается беззастѣнчивость адвокатовъ, подкупность судей.

Адвокатъ совѣтуетъ должнику, чтобы онъ отвѣчалъ передъ судомъ какъ сумасшедшій, только «блэ, блэ»; должникъ отпускается на волю, но используетъ это ученіе для себя, и также отпускается на волю, когда адвокатъ требуетъ судомъ свой гонораръ (Jörg Wickrams Rollwagenbüchlein, 1556; таковъ же и фарсъ L'Avocat Patelin 14-го или 15-го столѣтія).

Одной вдовѣ, процессъ которой идетъ неудачно, даютъ совѣтъ «помазать руку» судьѣ; простодушная женщина понимаетъ это буквально и мажетъ ему руку — масломъ; судья, однако, понимаетъ эту символику, испытываетъ стыдъ и быстро выноситъ рѣшеніе.

Истецъ даритъ судьѣ коляску, отвѣтчикъ — двухъ лошадей; истецъ проигралъ дѣло. «О, моя коляска, ты плохо везешь», воскликнулъ онъ. «Она можетъ везти только такъ, какъ ее ведутъ лошади», отвѣчаетъ судья (объ исторіи изъ Pauli, Schimpf und Ernst 1522).

Не въ качествѣ объекта негодованія, а въ видѣ юмористическаго шаблона проявляется здѣсь испорченность юриста, въ качествѣ матеріала для простодушныхъ шутокъ, какъ въ наше время — недостача денегъ у студента и разсѣянность профессора. И распространенные у различнѣйшихъ народовъ разсказы о мудромъ судьѣ, начиная отъ Соломонова рѣшенія до рѣшенія старо-японскаго судьи Оока Тадаске*), отъ Шекспировскаго венеціанскаго купца**) до ландфогта изъ Грайфензее (Келлера), восхваляютъ большей частью обходы дѣйствующаго права, умѣніе перехитрить отрицающаго вину обвиняемаго или клевещущаго обвинителя, они восхваляютъ не столько судейскую мудрость, сколько хитрость, которая теперь казалась бы намъ на мѣстѣ, пожалуй, у уголовнаго сыщика, но для судьи являлась бы мало достойной.

Этого не слѣдуетъ намъ забывать, когда мы въ настоящее время слышимъ, какъ на основаніи еще болѣе невинныхъ мотивовъ — «формализма», «отчужденности» отъ міра, безсознательной «классовой юстиціи» — заявляютъ о недовѣріи «народа къ правосудію»; этого не слѣдуетъ забывать для того, чтобы достигнутое до сихъ поръ не ускользало отъ взора, который смотритъ впередъ на еще не пройденный путь.

---

*) H. Lambertz, Der Richter, Erzählungen aus Alt- Japan, 1911.
**) J. Kohler, Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz, 1883.

Процессуальное право.

Если право разсматривать, какъ форму соціальной жизни, то процессуальное право, «формальное право», является формой этой формы, и подобно тому какъ вершина мачты отвѣчаетъ на малѣйшее движеніе судна сильнымъ колебаніемъ, такъ и въ развитіи процессуальнаго права отражаются постепенныя измѣненія соціальной жизни въ видѣ острыхъ противоположностей, послѣдовательность которыхъ напоминаетъ тройственный ходъ гегелевскихъ рядовъ развитія.

Въ исторіи нѣмецкаго уголовно-процессуальнаго права можно различать три періода. Средневѣковый уголовный процессъ видѣлъ въ преступленіи лишь посягательство на задѣтое имъ частное лицо. Ему предоставлялось возбуждать и проводить обвиненіе, оно «распоряжалось» одинаково свободно уголовнымъ, какъ и гражданскимъ искомъ: въ уголовномъ, какъ и въ гражданскомъ процессѣ дѣйствовалъ «диспозитивный принципъ». Такъ какъ, такимъ образомъ, уголовное преслѣдованіе зависѣло отъ того, обладаетъ ли потерпѣвшій достаточнымъ мужествомъ и силой, чтобы рискнуть на обвиненіе, то многія уголовныя дѣянія оставались безнаказанными, и тѣмъ самымъ въ сознаніе укрѣпляющейся государственной власти наглядно проникалъ взглядъ, что не только потерпѣвшій въ данномъ случаѣ, но и она сама заинтересована въ преслѣдованіи преступленія, что оно должно имѣть мѣсто ради государства, «по должности». Этимъ твердымъ признаніемъ этого «принципа оффиціальности» начинается вторая фаза нѣмецкаго уголовно-процессуальнаго права, которая основывается на Каролинѣ 1532 года и можетъ считаться приблизительно до 1850 года. Судья могъ теперь выступить противъ преступника, не будучи обязаннымъ ожидать обвиненія потерпѣвшаго. Процессъ, такимъ образомъ, не былъ больше юридической борьбой двухъ сторонъ передъ судьей; вмѣсто прежнихъ трехъ субъектовъ: судьи, обвинителя и обвиняемаго, онъ имѣлъ теперь лишь двѣ стороны: судью и заподозрѣннаго; обѣ задачи—розысковъ заподозрѣннаго и разслѣдованія подозрѣнія—соединились въ рукѣ судьи. Такова сущность имѣющаго дурную славу «слѣдственнаго»

или «инквизиціоннаго процесса» (причемъ инквизиція еретиковъ церкви, о которой обычно прежде всего думаютъ при словѣ «инквизиціонный процессъ», представляетъ собою лишь отдѣльный случай примѣненія этого процесса). Имѣетъ же дурную славу эта форма процесса потому, что она отдаетъ обвиняемаго безъ защиты въ руки обладающему полнотой власти обвинителю — ибо ничего иного не представляетъ собою судья въ инквизиціонномъ процессѣ; попытка соединить въ одномъ лицѣ розыскъ преступленія и разслѣдованіе преступленія, дѣятельность стороны и дѣятельность судьи можетъ повести лишь къ тому, что судейская безпартійность совершенно поглощается положеніемъ стороны. Ибо въ то время, какъ при начатомъ стороной обвиненіи судья долженъ отвѣтить на вопросъ: «правъ ли обвинитель?», на вопросъ, которому онъ противостоитъ съ незатемненной объективностью,—въ инквизиціонномъ процессѣ, въ которомъ судья самъ разыскалъ заподозрѣннаго, темой его дальнѣйшаго изслѣдованія является вопросъ: «былъ ли я правъ въ своемъ подозрѣніи?», и чѣмъ больше мѣръ, обысковъ, арестовъ и т. д. онъ уже предпринялъ на основаніи этого подозрѣнія, тѣмъ менѣе онъ будетъ склоненъ отрицательно отвѣтить на этотъ вопросъ и этимъ свести на-нѣтъ свои дѣйствія. Поэтому уголовный процессъ третьяго періода, реформированный уголовный процессъ, который создала французская революція, а у насъ ввелъ 1848-й годъ, возвращается къ формамъ обвиненія средневѣковаго уголовнаго процесса, не отбрасывая однако вмѣстѣ съ тѣмъ завоеванія второго періода: какъ и во второмъ періодѣ преслѣдованіе преступленія составляетъ государственное дѣло (принципъ оффиціальности!), но оно проводится не судьей (не инквизиціонный принципъ!), но, какъ въ средневѣковомъ уголовномъ процессѣ, въ порядкѣ обвиненія (принципъ обвиненія), однако не въ порядкѣ обвиненія потерпѣвшимъ (не диспозитивный принципъ), а именно въ порядкѣ государственнаго обвиненія; вмѣстѣ съ принципомъ государственнаго обвиненія изъ Франціи былъ взятъ въ качествѣ его органа и государственный обвинитель.

Три періода и соотвѣтственно этому два рычага развитія: при переходѣ изъ перваго періода во второй, полицейски-государственный, опредѣляющей была идея защиты государства отъ виновнаго; при переходѣ изъ второго періода въ третій, либеральный, — идея защиты невиннаго отъ государства. На осторожной расцѣнкѣ обоихъ принциповъ покоится современное уголовно-процессуальное производство; больше того, можно сказать, что до тѣхъ поръ, пока преслѣдовалась лишь одна цѣль—защита государства отъ виновнаго, вообще еще не существовало уголовно-процессуальнаго права. Старыя процессуальныя положенія стремились большей частью быть лишь

инструкціями для судьи, указаніями, исполненія которыхъ въ правѣ былъ бы отъ него требовать не столько обвиняемый, сколько государство; обвиняемый противостоялъ судьѣ не въ качествѣ субъекта процессуальныхъ правъ, а былъ лишь объектомъ производства, предназначеннымъ лишь для того, чтобы доставлять противъ себя самого доказательства; пытка — лучшее выраженіе для этого. Лишь когда вторая задача уголовнаго процесса была признана реформированнымъ процессомъ, обвиняемый становится субъектомъ производства, существующимъ прежде всего для того, чтобы защищаться; уголовный процессъ становится юридическимъ отношеніемъ — юридическимъ отношеніемъ между равноправными сторонами, между обвиняемымъ и обвинителемъ, и между этими сторонами и судомъ.

Въ отношеніи къ гражданскому процессу развитіе уголовнаго процесса можно характеризовать въ томъ смыслѣ, что въ первомъ періодѣ онъ совершенно совпадалъ съ нимъ, во второмъ — совершенно отдѣлился отъ него, чтобы въ третьемъ періодѣ вновь приблизительно къ нему. Благодаря принципу обвиненія, который ему возвращаетъ природу юридическаго спора между обвиняемымъ и обвинителемъ, реформированный уголовный процессъ становится опять болѣе похожимъ на гражданскій процессъ, который никогда не переставалъ быть такимъ юридическимъ споромъ между «истцомъ» и «отвѣтчикомъ»; благодаря своему принципу оффиціальности онъ напротивъ того продолжаетъ рѣзко отличаться отъ гражданскаго процесса. Ибо, какъ и внѣ процесса, гражданское право и въ предѣлахъ процесса подлежитъ свободному распоряженію управомоченнаго, и потому въ гражданскомъ процессѣ дѣйствуетъ «диспозитивный принципъ».

Въ то время, какъ возбужденіе обвиненія составляетъ должностную обязанность прокурора, заявленіе гражданскаго иска съ юридической точки зрѣнія является лишь правомъ,— хотя, какъ Іерингъ убѣдительно доказалъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда въ лицѣ субъективнаго права вмѣстѣ съ тѣмъ топчется ногами и личность потерпѣвшаго или правовой строй государства, «борьба за право» должна составлять и нравственную обязанность*). Подобно управомоченному, и обязанное лицо можетъ распоряжаться въ отношеніи заявленія гражданскаго иска: оно его можетъ сдѣлать излишнимъ путемъ добровольнаго исполненія — въ то время, какъ добровольное подчиненіе наказанію безъ предшествующаго обвиненія и осужденія невозможно.

Далѣе, въ то время какъ въ уголовномъ процессѣ можетъ

*) Іерингъ, Борьба за право.

быть примѣнена болѣе высокая мѣра наказанія, чѣмъ требовалъ обвинитель, въ гражданскомъ процессѣ не можетъ быть присуждено сторонѣ больше, чѣмъ она требуетъ: судья не имѣетъ повода больше заботиться о частныхъ интересахъ стороны, чѣмъ она сама: «кто не ищетъ, тотъ уже имѣетъ».

На томъ же основаніи гражданскій судья принимаетъ къ свѣдѣнію юридически важныя обстоятельства лишь тогда, когда та или иная сторона ссылалась на нихъ; на стороны ложится «бремя утвержденій»; если отвѣтчикъ не утверждаетъ, что его долгъ уже уплаченъ, то и гражданскій судья не интересуется самъ отъ себя этой возможностью, въ то время какъ уголовный судья долженъ былъ бы изслѣдовать возможность наличности оправдывающаго обстоятельства, напримѣръ, самообороны, даже и тогда, когда обвиняемый вслѣдствіе неумѣлости или апатіи и не ссылался на него вовсе.

На томъ же основаніи, далѣе, гражданскій судья долженъ считать утвержденія стороны, которыя признаются или не оспариваются другой стороной, доказанными; долженъ принуждать того, кто признаетъ, что получилъ взаймы, къ уплатѣ долга, не будучи обязаннымъ разслѣдовать, правильно ли это признаніе, — въ то время какъ въ уголовномъ процессѣ и признанное обстоятельство должно быть разслѣдовано съ точки зрѣнія истинности его, если, напримѣръ, существуетъ подозрѣніе, что это признаніе неправдиво, дано лишь для того, чтобы доставить обвиняемому теплый уголъ на зиму въ тюрьмѣ. Правда, къ которой стремится уголовный процессъ, это — дѣйствительная, «матеріальная» правда; гражданскій же процессъ, который считаетъ истиннымъ то, по поводу чего существуетъ согласіе между сторонами, удовлетворяется искусственной, «формальной» правдой. «Двоякая правда» схоластиковъ вообще составляетъ еще совершенно привычную для юриспруденціи форму мышленія.

На томъ же основаніи, наконецъ, для спорныхъ обстоятельствъ гражданскимъ судьей принимаются во вниманіе лишь тѣ доказательства, на которыя ссылаются стороны; въ то время какъ судья въ уголовномъ процессѣ долженъ привлечь всѣ средства доказательства, которыя ему кажутся годными для выясненія дѣла, безразлично, просили ли стороны объ ихъ использованіи или нѣтъ.

Такъ какъ, такимъ образомъ, въ гражданскомъ процессѣ стороны должны приводить доказательства, то тамъ является величайшей важности вопросъ, на какой сторонѣ лежитъ «бремя доказательствъ»: если отвѣтчикъ утверждаетъ, что при заключеніи оспариваемаго дѣла онъ былъ пьянъ до состоянія недѣеспособности, то должно ли отказать истцу, если онъ е докажетъ трезвости отвѣтчика, или присудить съ отвѣт-

чика, если онъ не докажетъ своего пьянаго состоянія? Уголовному процессу, напротивъ того, незнакомъ вопросъ о раздѣленіи бремени доказательствъ: если обвиняемый утверждаетъ, что при совершеніи дѣянія онъ былъ пьянъ до невмѣняемости, то не на него падаетъ бремя доказательства его пьянаго состоянія, съ тѣмъ, чтобы, если бы послѣ разслѣдованія приведенныхъ имъ доказательствъ оно оказалось сомнительнымъ, онъ долженъ былъ бы быть осужденъ, но и на прокуратуру не ложится бремя доказательства его трезвости, съ тѣмъ, чтобы, если бы ей это не удалось, долженъ былъ бы послѣдовать оправдательный приговоръ,—а самъ судъ долженъ разслѣдовать всѣ кажущіяся ему достойными доказательства по вопросу о вмѣняемости—безразлично, приведены они или нѣтъ той или иной стороной, и, если вмѣняемость и тогда еще остается сомнительной, то—оправдать.

Подобно заявленію притязанія и выясненію положенія дѣла, и дальнѣйшее движеніе гражданскаго процесса, его болѣе быстрый или замедленный темпъ, переданы главнымъ образомъ, въ руки сторонъ или ихъ адвокатовъ. Если онѣ обѣ желаютъ отложенія разбирательства, то судъ обязанъ его отложить; если онѣ обѣ не являются къ разбирательству, то оно пріостанавливается и лишь по иниціативѣ одной изъ сторонъ приходитъ опять въ движеніе. Судья уподобляется «испорченнымъ часамъ, которые должны быть постоянно толкаемы или качаемы, чтобы опять на короткое время прійти въ движеніе» (Менгеръ).

Уже это изреченіе показываетъ, что не всѣмъ въ настоящее время представляется своевременной рѣзкая противоположность между уголовнымъ и гражданскимъ процессами, между принципомъ оффиціальности и диспозитивнымъ принципомъ. Пассивность нынѣшняго гражданскаго судьи, который долженъ совершенно предоставлять сторонамъ и ихъ адвокатамъ развитіе процесса и выясненіе положенія дѣла, во вредъ бѣдной и неумѣлой сторонѣ въ процессѣ безъ участія адвоката, но и во вредъ сторонамъ въ процессѣ съ участіемъ адвокатовъ, когда адвокаты изъ коллегіальной солидарности соглашаются на одно откладываніе срока за другимъ,—представляется не чѣмъ инымъ, какъ частичнымъ явленіемъ бездѣятельности, которую старолиберальная манчестерская теорія въ общемъ рекомендовала государству по отношенію къ хозяйственной жизни, частичнымъ выраженіемъ принципа «laisser faire, laisser aller». Подобно тому, какъ идея исключительной самопомощи вездѣ уступала мѣсто соціальной идеѣ государственной помощи, такъ и въ гражданскомъ процессѣ исключительная дѣятельность сторонъ должна уступить мѣсто поддержкѣ сторонъ оффиціальной дѣятельностью суда, или, другими словами, такъ какъ дѣятельность

сторонъ большей частью выполняется адвокатами сторонъ, то процессуальная власть адвокатовъ должна быть ограничена въ пользу процессуальной власти судьи. Ибо болѣе свободное процессуальное положеніе судьи представляетъ собою лишь параллельное явленіе къ его уже проведенному въ жизни болѣе свободному гражданско-правовому положенію, къ тѣмъ нормамъ, которыя все чаще указываютъ судьѣ на «справедливое обсужденіе», на «разумную оцѣнку случая» и т. д.

Этимъ требованіямъ уже однажды раньше было суждено осуществиться: прусское законодательство ввело при Фридрихѣ Великомъ судейскую оффиціальную дѣятельность въ гражданскій процессъ, а временами даже полагало возможнымъ устраненіе адвокатовъ. Однако, первая половина XIX вѣка усмотрѣла въ судейской заботѣ о сторонахъ, напр., въ разсмотрѣніи доказательствъ, на которыя стороны совсѣмъ не ссылались, лишь проявленіе полицейско-государственной тенденціи къ осчастливленію людей даже противъ ихъ воли, и устранило ее. Но соціально политическія соображенія потомъ, къ концу прошлаго столѣтія, дали возможность воскреснуть этимъ «полицейски-государственнымъ» идеямъ, хотя и въ смягченной формѣ, въ австрійскомъ гражданско-процессуальномъ законодательствѣ (1895 г.), въ произведеніи Франца Клейна [1]), а новелла къ германскому уставу гражданскаго судопроизводства (1909 г.) содержитъ скромные зачатки въ томъ же направленіи. Подобно тому, какъ уголовный процессъ принятіемъ обвинительнаго принципа опять сталъ походить на гражданскій процессъ, такъ теперь, такимъ образомъ, и гражданскій процессъ начинаетъ, съ своей стороны, своими уступками принципу оффиціальности приближаться къ уголовному процессу.

Свобода или связанность судьи — таковъ вопросъ, который встрѣчается намъ во все новыхъ случаяхъ примѣненія. Мы только что говорили о связанности судьи въ области процесса, мы выше говорили объ его связанности при примѣненіи права,— теперь будетъ рѣчь объ его связанности при установленіи фактовъ. Ибо прежнія законодательства считали необходимымъ установить при помощи «теоріи законныхъ доказательствъ» предпосылки, при которыхъ какъ въ гражданскомъ, такъ и въ уголовномъ процессѣ фактъ можетъ и долженъ быть разсматриваемъ, какъ доказанный. Такъ, Каролина (1532 г.) постановляла, что обвиняемый можетъ быть осужденъ лишь тогда, когда онъ сознался въ своемъ дѣяніи или былъ изобличенъ двумя очевидцами; на основаніи однихъ косвенныхъ уликъ никто не могъ быть осужденъ. Но такъ какъ, съ другой стороны, такого

[1]) Ср. докладъ Klein'a въ Gehe-Stiftung «Zeit-und Geistesströmungen im Prozess», 1901.

человѣка, надъ которымъ тяготѣло тяжелое подозрѣніе, но который не былъ настолько неосторожнымъ, чтобы привлечь къ своему дѣянію двухъ свидѣтелей, и также не шелъ на то, чтобы сдѣлать признаніе, нельзя было просто опять пустить въ среду человѣчества, то ничего иного не оставалось, какъ вынудить у обвиняемаго признаніе съ помощью пытки. Такимъ образомъ, боязнь осужденія невинныхъ при допущеніи косвенныхъ уликъ привела къ средству, которое было еще болѣе приспособлено къ осужденію невинныхъ: слишкомъ большая осторожность привела къ большой неосторожности; ибо, если Каролина и допускала пытки лишь при тяжкихъ уликахъ, лишь при уликахъ, при которыхъ мы бы въ настоящее время безъ раздумья осудили, то практика, въ особенности въ процессахъ вѣдьмъ, беззастѣнчиво выходила за предѣлы этихъ требованій.

Когда впервые Фридрихъ Великій устранилъ въ 1740 году пытку, то онъ сразу понялъ, что съ ея отмѣной неразрывно связано допущеніе осужденія на основаніи простыхъ уликъ: «Напротивъ того, во всѣхъ остальныхъ случаяхъ, когда преступники имѣютъ противъ себя сильнѣйшія и ясныя, какъ солнце, улики и показанія многихъ незаподозрѣнныхъ свидѣтелей и тому подобное и все-таки не хотятъ признаться вслѣдствіе упорствующей злой воли, они должны быть наказаны согласно законамъ». Однако, за нимъ послѣдовали лишь куда позже различными обходными путями. Лишь реформированный уголовный процессъ искореняетъ не только остатки теоріи законныхъ доказательствъ Каролины, но и вообще всякую теорію законныхъ доказательствъ: всѣ признали, что общихъ правилъ о томъ, при какихъ предпосылкахъ слѣдуетъ считать доказательство существующимъ, нельзя установить, что рѣшеніе этого, наоборотъ, необходимо предоставить «свободному, почерпнутому изъ совокупности разбирательства убѣжденію», «свободной оцѣнкѣ доказательствъ» уголовнаго и также гражданскаго судьи. Подобно тому, какъ историкъ при изслѣдованіи историческаго событія свободно оцѣниваетъ свои источники, такъ и судья свободно оцѣниваетъ при разсмотрѣніи доказательствъ юридически важнаго событія эти доказательства, и подобно тому, какъ существуютъ научныя правила для исторической критики источниковъ, такъ въ послѣднія десятилѣтія развилось и научное руководство къ судейской оцѣнкѣ доказательствъ,—таковая созданная Гансомъ Гроссомъ дисциплина, въ особенности психологія свидѣтельскихъ показаній [1]). На мѣсто законной теоріи доказательствъ вступила научная теорія доказательствъ.

[1]) Ср. Hans Gross. Kriminalpsychologie. 2 Auf. 1905—настоящій учебникъ познанія людей. Къ психологіи показаній относится повѣсть «Крэнкбилль» Анатоля Франса, которую долженъ знать всякій юристъ.

Вмѣстѣ съ устраненіемъ теоріи законныхъ доказательствъ признаніе обвиняемаго должно было лишиться своего предпочтительнаго положенія среди другихъ доказательствъ. Къ судьямъ, дѣйствовавшимъ при господствѣ теоріи законныхъ доказательствъ, можно было бы обратиться со словами Ницше: «Судьи и палачи, вы не хотите убивать, пока животное само не склонилось?» Цѣлью всего уголовнаго разбирательства было добиться признанія, сначала путемъ пытки, а послѣ отмѣны ея—помощью «наказаній за ложь»—которыя отличались отъ нея лишь тѣмъ, что обвиняемому заранѣе объявлялось, что онъ получаетъ свои удары не для того, чтобы онъ говорилъ правду, а потому, что онъ сказалъ неправду—и путемъ душевныхъ мученій: судейскаго нападенія врасплохъ, хитрости, ослабленія. Лишь, когда становится допустимымъ осужденіе на основаніи простыхъ уликъ, уголовный процессъ можетъ отказаться отъ использованія обвиняемаго въ качествѣ средства уличенія самого себя. Теперь обвиняемый можетъ вообще молчать въ отвѣтъ на обвиненіе и, если онъ говоритъ, то безнаказанно говорить неправду, и судья, который бы задался цѣлью поймать его на его собственныхъ показаніяхъ, дѣйствовалъ бы противозаконно. «Вы слышали доказательство; желаете ли Вы что-нибудь возразить на обвиненіе?» обращается, обычно, въ Англіи, гдѣ эта идея красивѣе всего осуществилась, судья къ обвиняемому; «Вы къ этому не обязаны, развѣ только Вы этого сами захотите; но то, что Вы скажете, записывается и можетъ быть использовано въ качествѣ доказательства противъ Васъ въ главномъ разбирательствѣ Вашего дѣла». А нашъ уставъ уголовнаго судопроизводства опредѣляетъ: «Выслушаніе обвиняемаго должно дать ему возможность устраненія имѣющихся противъ него основаній для подозрѣнія и заявленія говорящихъ въ его пользу обстоятельствъ». Лишь отмѣна теоріи законныхъ доказательствъ, такимъ образомъ, сдѣлала возможной превращеніе подсудимаго изъ объекта, предназначеннаго лишь для доставленія доказательства противъ себя самого, въ субъекта разбирательства, существующаго ради защиты себя; лишь благодаря ей на мѣсто обязанности обвиняемаго къ отвѣту передъ судьями могло стать его право на вниманіе судей.

И именно на вниманіе какъ разъ того судьи, который долженъ вынести рѣшеніе. Въ уголовномъ, какъ и въ гражданскомъ процессѣ дѣйствуетъ принципъ непосредственности и устности. При господствѣ инквизиціоннаго процесса уголовное разбирательство было письменнымъ: лишь на основаніи актовъ судебнаго слѣдователя выносилъ рѣшеніе надлежащій судъ или юридическій факультетъ, къ которому объ этомъ обращались въ порядкѣ «разсылки актовъ»: Quod non in actis, non in mundo. Они, такимъ образомъ, судили на основаніи свидѣтельскихъ

показаній, которыхъ они никогда не слыхали собственными ушами, судили подсудимаго, который никогда не попадался имъ на глаза. Но игра гримасъ на лицѣ, румянецъ и блѣдность на лицѣ подсудимаго, трудность произносимаго противъ воли и быстрое изверженіе заученнаго наизусть свидѣтельскаго показанія, всѣ нюансы и невѣсомые моменты исчезаютъ въ однотонномъ канцелярскомъ стилѣ протокола; можно рискнуть парадоксомъ, что лишь поэты умѣютъ говорить правду, а у судебныхъ писцовъ, обычно, нѣтъ такой благодати. Лишь возстановленіе старо-германской устности могло здѣсь помочь.

Она исчезла и въ процессѣ гражданскомъ: на мѣсто устнаго разбирательства сторонъ передъ надлежащимъ судьей вступилъ обмѣнъ процессуальными бумагами, со всѣмъ его неживымъ характеромъ, трудностью для разъясненія взаимныхъ недоразумѣній и вовлеченіемъ въ дѣйствительныя неправильности и юридическія хитрости: бумага, вѣдь, не краснѣетъ. Возстановленная же гражданско-процессуальная устность ограничивается во многихъ мѣстностяхъ Германіи тѣмъ, что адвокаты оглашаютъ свои бумаги или даже просятъ считать ихъ оглашенными, и тенденція новѣйшаго австрійскаго и германскаго законодательства направляется, поэтому, на ограниченіе въ гражданскомъ процессѣ принципа устности, который въ этой формѣ своего примѣненія представляетъ собою одно излишнее затрудненіе, и на допущеніе ссылки на письменные акты.

Подобно устности, въ средневѣковомъ процессѣ была осуществлена и публичность разбирательства, которая является предпосылкой первой; потомъ, однако, когда уголовное правосудіе уединилось въ мрачныхъ комнатахъ пытокъ и гражданскій юридическій споръ надѣлъ бумажную одежду, она исчезла и была возстановлена лишь реформированнымъ процессомъ девятнадцатаго вѣка. Она оправдываетъ себя цѣлью: поставить правосудіе подъ контроль публики, въ особенности печати, — хотя въ гражданскомъ процессѣ она почти совсѣмъ не использовывается, а въ уголовномъ процессѣ «уголовными студентами» использовывается для совершенно другой цѣли. Пассивное участіе народа въ правовой жизни должно было, далѣе, создать то его знакомство съ правомъ, которое является предпосылкой одновременно введеннаго активнаго его участія въ правовой жизни: судовъ съ участіемъ народнаго элемента и парламентаризма. Извѣстно, что это осталось лишь красивой мечтой. «Отчужденность между правомъ и народомъ», которая вслѣдствіе вторженія римскаго права развилась у насъ безпощаднѣе, чѣмъ у другихъ, можетъ быть смягчена лишь однимъ: преподаваніемъ права въ нашихъ школахъ!

Административное право.

Многообразную дѣятельность государства мы обыкновенно подраздѣляемъ на три группы: законодательство, судъ и управленіе. Законодательство создаетъ право; правосудіе и управленіе подчинены праву, но различнымъ образомъ: правосудіе представляетъ собой осуществленіе права, управленіе — осуществленіе общественнаго интереса въ указанныхъ правомъ предѣлахъ; по отношенію къ правосудію право хотѣло бы (если бы оно только было въ состояніи) категорически предписывать правомѣрное рѣшеніе, управленію же оно большей частью намѣренно предоставляетъ въ распоряженіе сферу дѣйствія, въ рамкахъ которой оно можетъ двигаться соотвѣтственно требованіямъ цѣлесообразности; для правосудія право является, обычно, путеводителемъ, для управленія оно, обычно, только ограда — путеводителемъ для него служитъ «государственная мудрость» (Staatsraison). Мы, однако, знаемъ уже изъ разсужденій объ отношеніи судьи къ закону, что правосудіе является далеко не всегда государственной дѣятельностью съ обязательнымъ маршрутомъ, точно такъ же, какъ и управленіе не всегда представляетъ собой свободную дѣятельность государства. Такимъ образомъ, наши выводы о содержаніи законодательства, правосудія и управленія стремятся быть лишь наглядньмъ поясненіемъ, а не опредѣленіемъ понятія законодательства, правосудія и управленія, и мы имѣемъ въ виду опять-таки только второе наглядное поясненіе, а не опредѣленіе понятія, когда мы, по ихъ носителямъ, законодательство обозначаемъ, какъ дѣятельность законодательныхъ собраній, правосудіе, какъ дѣятельность судовъ, управленіе, какъ дѣятельность административныхъ органовъ. Ибо требуемое ученіемъ Монтескье о раздѣленіи властей распредѣленіе трехъ группъ государственныхъ функцій между тремя группами органовъ государства проведено не абсолютно строго: законодательныя собранія осуществляютъ также и управленіе (напр., установленіемъ бюджета), и судебныя функціи, (напр., вынесеніемъ рѣшенія по поводу опротестованныхъ выборовъ); суды, посколько они творятъ право, приближаются къ законодателю и разрѣшаютъ задачи управленія, поскольку имъ под-

вѣдомственно «судебное управленіе», какъ, напр., распредѣленіе дѣлъ или «охранительное судопроизводство», «судебная полиція», напр., опекунскія дѣла; наконецъ, органы управленія при посредствѣ своихъ «указовъ» принимаютъ участіе въ законодательствѣ, при посредствѣ административной юстиціи, (о которой будетъ сейчасъ рѣчь) — въ правосудіи; и въ приближеніи управленія къ правосудію, въ его движеніи отъ государственной дѣятельности, совершенно свободной отъ права, въ направленіи другой крайности—исключительнаго примѣненія права—коренится причина быстраго развитія административнаго права въ прошломъ столѣтіи.

Въ то время, когда правосудіе стало давнымъ-давно предметомъ публичнаго права—права уголовнаго и процессуальнаго—управленіе все еще было лишено правовой регулировки. Тамъ, гдѣ дѣятельность государственнаго управленія, руководимая исключительно интересами государства и цѣлесообразностью, не тормозится никакими границами права, можетъ существовать, правда, лишь техника, но не право управленія; только тамъ, гдѣ индивидуальный интересъ можетъ выступить противъ государственнаго съ юридическими требованіями на уваженіе, дана та взаимность обязанностей и правъ, которая и является сущностью права. Правда, она была извѣстна уже во времена сословнаго государства; оно давало монарху лишь ограниченный кругъ верховныхъ правъ, и въ случаѣ, если онъ, хотя бы путемъ незаконномѣрнаго повышенія налога, его переступалъ, его потерпѣвшіе подданные могли даже жаловаться на него въ Высшіе Имперскіе суды въ Вецларѣ или въ Вѣнѣ. Несмотря, однако, на это, объ административномъ правѣ и административной юстиціи въ сословномъ государствѣ еще не можетъ быть рѣчи. Въ имперскіе суды приносятся не только жалобы подданныхъ противъ монарха на злоупотребленіе своими верховными правами, но и разбираются жалобы на него изъ чисто гражданскихъ основаній. Этотъ безразличный разборъ административно-правовыхъ съ нашей точки зрѣнія и гражданскихъ притязаній уже указываетъ на то, что притязаніе административнаго права въ своемъ отличіи отъ гражданско-правового было еще не совсѣмъ достаточно понято и что различіе между правомъ публичнымъ и частнымъ по обычаю среднихъ вѣковъ не было еще строго проведено: монархъ, противъ котораго направляются притязанія и жалобы, не есть повелитель, а является равноправнымъ истцу предъ лицомъ закона, хотя и привилегированнымъ; онъ наравнѣ съ истцомъ подчиненъ не имъ установленному праву, и въ виду того, что вообще имѣется налицо гражданское право тамъ, гдѣ лица ведутъ сношенія другъ съ другомъ на одинаковомъ правовомъ уровнѣ, то и эти на первый

взглядъ административно-юридическія отношенія носятъ въ дѣйствительности гражданско-правовой характеръ. Административное право, право публичное можетъ быть обнаружено въ правѣ подданнаго по отношенію къ повелителю только тогда, когда повелитель, освобожденный отъ общаго съ подданнымъ подчиненія независимому отъ него правопорядку, противостоитъ ему лишь съ самоограничивающейся властью господства.

Это было пріобрѣтеніемъ абсолютнаго, полицейскаго государства,—и все же въ немъ нѣтъ еще мѣста административному праву: ибо освобожденная отъ внѣшнихъ правовыхъ границъ власть прежде всего не поставила никакихъ границъ себѣ самой по отношенію къ подданному: для администраціи все, что ей въ интересахъ государства казалось цѣлесообразнымъ, было вмѣстѣ и правомѣрнымъ. Правовая связанность управленія вообще не могла быть проведена въ абсолютномъ государствѣ до конца, вплоть до главы управленія, монарха: ибо абсолютный монархъ, который въ качествѣ главы управленія не долженъ былъ отклоняться отъ права, могъ въ качествѣ субъекта законодательства во всякое время для даннаго случая отмѣнить право, и тотъ актъ, который какъ актъ управленія былъ бы недопустимъ, могъ бы въ качествѣ акта законодательства притязать на осуществленіе.

Лишь когда конституціонное государство на основаніи ученія о раздѣленіи властей лишаетъ главу управленія единоличнаго осуществленія законодательной власти, становятся возможными связанность органовъ управленія органами законодательными, связанность управляющаго государства законодательствующимъ государствомъ, «самоограниченіе государства» и, какъ слѣдствіе этого, права подданныхъ по отношенію къ государству, какъ къ таковому, «субъективныя публичныя права» и соотвѣтствующія правовыя границы управленія—административное право. Наука административнаго права, правда, удивительно поздно сдѣлала свои выводы изъ этого измѣнившагося правового положенія администраціи. Еще долго было въ обычаѣ излагать по «государственно-научному методу» только задачи управленія — попеченіе о бѣдныхъ, школьное дѣло, надзоръ за нравственностью, сыскное дѣло и т. д. — и въ связи съ ними тѣ правовыя границы, которыя существуютъ для государственной власти въ каждомъ изъ круговъ этихъ задачъ. Лишь основанный О. Майеромъ «юридическій методъ» серьезно укрѣпилъ положеніе, по которому не тѣ задачи, а именно эти границы и вытекающія изъ нихъ права и обязанности государства и подданныхъ составляютъ существенное въ административномъ правѣ, и поэтому наука административнаго права не должна расчленяться по задачамъ государства, а должна, скорѣе, разрабатывать одинаково встрѣчающіеся во

всѣхъ этихъ задачахъ виды юридическихъ отношеній между государствемъ и подданнымъ*).

Государство, которое обладаетъ административнымъ правомъ, которое отношеніе государства къ подданному ставитъ подъ законодательную норму, а не только подъ правила цѣлесообразности государственной мудрости, обыкновенно противопоставляли полицейскому государству въ качествѣ правового государства (въ другомъ значеніи этого слова, чѣмъ когда культурному государству противополагаютъ «правовое государство», задача котораго ограничивается защитой права). Послѣдній камень правовому государству былъ, однако, положенъ только съ введеніемъ административной юстиціи. Прежде тотъ, кому было адмидистративнымъ учрежденіемъ неправомѣрно отказано въ разрѣшеніи на постройку или на кого неправомѣрно возлагался налогъ, могъ обращаться въ высшія административныя учрежденія вплоть до министра включительно въ инстанціонномъ порядкѣ. Такимъ образомъ, сама администрація являлась судьей въ своемъ собственномъ дѣлѣ, о правѣ жалобщика рѣшалъ его же противникъ, толкованіе административнаго права принадлежало тому же управленію, которое оно хотѣло связать. Идея административнаго права, стоящаго въ одинаковой мѣрѣ надъ органомъ власти, какъ и надъ гражданиномъ, могла стать дѣйствительно живой только тогда, когда для установленія этого права былъ назначенъ нелицепріятный, надъ обѣими сторонами стоящій судья: тамъ, гдѣ нѣтъ судьи, нѣтъ и права!

Самымъ естественнымъ казалось бы, что противъ незакономѣрныхъ дѣйствій администраціи, наряду съ обжалованіемъ въ инстанціонномъ порядкѣ, должно быть допущено обжалованіе и въ судебномъ порядкѣ, т. е. дано право потерпѣвшему поднимать споры административнаго характера съ государствомъ, какъ съ властью, и въ обыкновенныхъ судахъ, въ судахъ гражданскихъ, въ тѣхъ самыхъ судахъ, въ которые онъ можетъ подавать жалобы частно-правового характера противъ государства, какъ фиска. Такъ обстояло въ старой германской имперіи, и такъ обстоитъ еще понынѣ дѣло въ Англіи и Сѣверной Америкѣ. Сѣверно-американскій судья, который, такимъ образомъ, стоитъ на стражѣ правомѣрности управленія, осуществляетъ надзоръ также и за правомѣрностью законодательства, такъ какъ ему предоставлена провѣрка конституціонности законовъ; юстиція призвана здѣсь слѣдить за правомѣрнымъ функціонированіемъ всей государственной машины; правовое государство превратилось въ «судебное государство».

---

*) Для введенія: F. Fleiner. Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts. 2 Aufl. 1912.

Въ Германіи не послѣдовали англо-саксонскому примѣру. Полагали, что нельзя быть увѣреннымъ въ томъ, что гражданскій судья обладаетъ необходимымъ для административной юстиціи знаніемъ публичнаго права, въ особенности необходимымъ для оцѣнки фактическихъ основаній административнаго распоряженія знаніемъ дѣла—на лицо ли, напр., предпосылки отказа въ разрѣшеніи на открытіе пивной, какъ напр., отсутствіе потребности въ этомъ,—и опасались, вопреки ученію о раздѣленіи власти, подчинить управленіе суду и снять съ него этимъ самымъ полную отвѣтственность за его мѣропріятія. Поэтому нѣмецкія отдѣльныя государства—раньше всѣхъ Баденъ, въ 1863 году—предоставили дѣла объ административныхъ спорахъ спеціальнымъ административнымъ судамъ. Эти административные суды, правда, не облечены всѣми тѣми гарантіями, съ которыми мы познакомились въ обыкновенныхъ судахъ. Въ качествѣ административныхъ судовъ низшей инстанціи фигурируютъ всюду такія учрежденія, которыя одновременно функціонируютъ какъ органы управленія; слѣдуя въ качествѣ чистыхъ органовъ управленія указаніямъ высшихъ органовъ, они въ своей дѣятельности въ качествѣ административныхъ судовъ независимы отъ такихъ указаній; но административные чиновники, которые въ судебно-административномъ производствѣ, правда, большей частью именно потому дѣйствуютъ лишь совмѣстно съ народнымъ элементомъ, не пользуются «гарантіями личной неприкосновенности». Только высшія инстанціи, «высшіе административные суды» не являются чистыми административными учрежденіями и замѣщаются главными судьями, которые пользуются всѣми гарантіями судейской независимости.

Производство въ административныхъ судахъ построено по образцу гражданскаго процесса,—какъ и вообще идея правового государства, идея «юридическихъ отношеній» между государствомъ и подчиненными, «субъективныхъ правъ» одной части по отношенію къ другой, оперируетъ категоріями, которыя раньше всего образовались въ области гражданскаго права. Такого рода примѣненіе первоначально гражданско-правовыхъ и гражданско-процессуальныхъ формъ къ отношеніямъ публично-правового характера, какъ намъ уже раньше показало преобразованіе инквизиціоннаго уголовнаго процесса въ споръ сторонъ по гражданско-процессуальному образцу, всегда означаетъ движеніе впередъ въ смыслѣ индивидуальной свободы. Гражданское право знаетъ лишь правовыя отношенія между равноправными, а не отношенія власти и подчиненія; перенести гражданско-правовыя идеи права въ право публичное означаетъ поэтому только ограничить абсолютную власть государства надъ подданными.

Подобно тому, какъ одна сторона идеи конституціоннаго

государства—защита отъ государства—находитъ въ области управленія свое воплощеніе въ существованіи административнаго права и административной юстиціи, ея другая сторона—участіе въ государствѣ—находитъ свое выраженіе въ самоуправленіи. О самоуправленіи говорятъ по отношенію къ отдѣльнымъ гражданамъ государства и по отношенію къ организаціямъ въ государствѣ. Самоуправленіе гражданъ государства имѣется налицо тамъ, гдѣ граждане государства—не чиновники—принимаютъ участіе въ государственномъ управленіи,—соотвѣтственно тому, какъ они въ судахъ съ участіемъ народнаго элемента участвуютъ въ отправленіи правосудія, а въ народныхъ представительствахъ—въ законодательствѣ. Общественное самоуправленіе имѣется налицо тамъ, гдѣ общественнымъ единицамъ въ государствѣ—городамъ и сельскимъ общинамъ, округамъ, провинціямъ—государствомъ предоставляется поле дѣятельности, въ предѣлахъ котораго они сами управляютъ своими дѣлами, правда, подъ наблюденіемъ, но независимо отъ руководства государства. И здѣсь мы можемъ констатировать привычный намъ уже тройственный ходъ историческаго развитія: въ сословномъ государствѣ—широчайшее самоуправленіе городовъ, вплоть до суда надъ жизнью и смертью въ такой мѣрѣ, что они въ качествѣ почти «государствъ въ государствѣ» выдѣляются изъ организаціи территоріальнаго государства; въ полицейскомъ государствѣ—низведеніе городовъ до степени управляемыхъ лишь свыше государственныхъ административныхъ участковъ безъ всякой самостоятельности; въ современномъ государствѣ—возстановленіе ограниченнаго самоуправленія коммунъ и коммунальныхъ союзовъ, округовъ и провинцій. Современная администрація распредѣлена между одной, составляемой путемъ назначенія монархической властью, бюрократической организаціей и множествомъ выростающихъ снизу, изъ толщи народа, путемъ выборовъ самоуправляющихся организацій. Рядомъ съ чиновничествомъ съ монархической традиціей—другая совокупность сжившихся съ демократическими представленіями должностныхъ лицъ; тамъ лишь медленно приспособляющаяся къ новому осторожность, здѣсь—мужественно экспериментирующая въ маленькихъ областяхъ радость творчества; тамъ—единая и объединяющая воля, здѣсь—богатое индивидуальностями многообразіе въ полномъ жизни соревнованіи.

Современное самоуправленіе имѣетъ своимъ исходнымъ пунктомъ прусское городовое положеніе 1808 года, возникшее во время обновленія погибшаго прусскаго государства, какъ составная часть такъ называемой реформы Штейна-Гарденберга. Такъ называемой: ибо Штейнъ и Гарденбергъ дѣйствовали не только не одновременно, но и различно по существу, исходя изъ

различныхъ точекъ зрѣнія, въ различныхъ направленіяхъ; Штейнъ больше въ направленіи органическаго, Гарденбергъ—больше въ направленіи индивидуалистическаго взгляда на государство. Городовое положеніе 1808 года есть продуктъ творчества Штейна, который, благодаря этому, по неоднократно цитированнымъ словамъ (Дальмана), «въ болѣе глубокомъ смыслѣ, чѣмъ король Генрихъ, который могъ только строить крѣпости, сталъ строителемъ городовъ Германіи»; оно, такимъ образомъ, возникло изъ органическаго взгляда на государство. Согласно этой точкѣ зрѣнія, не только государство представляется организмомъ со сверхъиндивидуальными цѣлями, она примѣняетъ—мы это уже видѣли—эту категорію и къ браку, и къ семьѣ; она распространяетъ ее и на союзы, которые стоятъ между семьей и государствомъ: на общины. Въ порядкѣ постепенности меньшіе организмы—каждый изъ нихъ съ идущими далеко собственными цѣлями—все же входятъ одновременно и въ качествѣ служебной части въ составъ болѣе широкаго организма и его цѣлей, и въ томъ-то и заключается великая идея городового положенія Штейна, что оно, давая возможность гражданину проявлять и чувствовать себя въ качествѣ члена болѣе тѣснаго организма, общиннаго, побуждаетъ его сознавать себя вмѣстѣ съ этимъ организмомъ общиннымъ и членомъ высшаго порядка въ государствѣ и когда-нибудь послѣ участвовать и въ народномъ представительствѣ, которое должно было составить высшую ступень самоуправленія. Само городовое положеніе указываетъ на свою задачу: «удовлетворять настойчиво проявляющейся потребности вліятельнаго участія гражданъ въ управленіи общежитіемъ, образовать въ гражданской общинѣ тѣсный объединяющій центръ, предоставить имъ дѣятельное воздѣйствіе на управленіе общежитіемъ и путемъ этого участія пробуждать и поддерживать чувство общественности».

Но и индивидуалистическая точка зрѣнія на государство могла усвоить себѣ идеи самоуправленія: такъ какъ либерализмъ стремится, по возможности, къ освобожденію поля дѣятельности отдѣльной личности отъ вмѣшательства государства, то онъ долженъ отдѣлять отъ государства по мѣрѣ возможности и сферу дѣятельности болѣе широкихъ жизненныхъ круговъ, въ которые объединяются отдѣльныя личности, и стремиться сохранить эту сферу для самоуправленія его членовъ. Подобно органической и либеральная точка зрѣнія на государство стремится поэтому къ самоуправленію, но изъ совершенно другихъ основаній: если органическое ученіе цѣнитъ самоуправленіе за то, что оно отдѣльную личность дѣлаетъ составной частью общиннаго строя, то либеральная теорія ему благопріятствуетъ, за то, что она (частью) выдѣляетъ общину изъ высшаго строя государ-

ства. Напротивъ того, идея самоуправленія принципіально несовмѣстима съ идейнымъ міромъ демократіи. Предоставить управленіе общиной большинству общины, вѣдь, значитъ отнять его у возможно несогласнаго съ ней большинства въ государствѣ, неограниченное господство котораго составляетъ сущность демократіи. Тамъ, гдѣ демократія въ государствѣ провела свой абсолютизмъ большинства, какъ во Франціи, она поэтому точно такъ же, какъ и монархическій абсолютизмъ, противоположностью котораго она является, подавила болѣе или менѣе самоуправленіе. Въ недемократическихъ государственныхъ единицахъ, какъ нѣмецкія, она будетъ содѣйствовать по мѣрѣ возможности, какъ разъ наоборотъ, самоуправленію, которое превращаетъ общины въ маленькія демократическія республики, въ качествѣ перваго шага къ осуществленію демократіи.

Самоуправленіе, административная юстиція и даже само административное право родились, такимъ образомъ, только въ XIX вѣкѣ и, какъ самая молодая, оно также и самая жизнедѣятельная область права. Каждый шагъ, который мы дѣлаемъ отъ правового государства (въ томъ другомъ смыслѣ) въ направленіи къ государству соціальнаго благосостоянія, означаетъ приростъ административнаго права на такую же величину. Характеръ административнаго права носятъ въ особенности тѣ мѣропріятія, при посредствѣ которыхъ предотвращаются опасности частно-правовой свободы договоровъ при договорѣ найма труда; рабочій, обладающій только пустымъ желудкомъ и двумя руками, принужденъ (поскольку при посредствѣ союзовъ не обезпечены болѣе выгодныя условія труда) подчиняться условіямъ труда, которыя ему предлагаетъ противная сторона даже и тогда, когда они ему не даютъ возможности сберечь копейку на случай болѣзни, смерти и старости; но съ частно-правовымъ фактомъ договора найма труда административное право связало дополнительныя публично-правовыя послѣдствія, которыя стремятся предоставить рабочему обезпеченіе на случай такихъ бѣдствій: тѣ обязанности, которыя вытекаютъ изъ «соціальнаго законодательства», теперь объединеннаго въ имперскомъ положеніи о страхованіи 1911 года, для страхованія на случай болѣзни и несчастія, старости, инвалидности и вдовъ и сиротъ. Въ данномъ случаѣ, какъ и вообще, административное право служитъ исправленію манчестерскаго частнаго права въ соціальномъ духѣ государства благосостоянія. Административное право есть соціальное право, и въ соціалистическомъ государствѣ благоденствія гражданское право должно было бы быть, какъ мы видѣли, поглощено правомъ административнымъ.

Церковное право.

Уже неоднократно мы встрѣчались съ интереснымъ явленіемъ коллизіи нормъ: другъ противъ друга выступаютъ группы нормъ, каждая изъ которыхъ категорически повелѣваетъ, приписывая себѣ, слѣдовательно, безусловное, высшее, исключительное право господства; борьба этихъ нормъ за суверенитетъ, вслѣдствіе отсутствія признанной ими въ качествѣ судьи болѣе высшей инстанціи, не можетъ быть рѣшена общезначимымъ приговоромъ, а только лишь личнымъ присоединеніемъ къ той или другой сторонѣ. Такъ относились другъ къ другу право, нравы и нравственность, законное право и обычное право. Третья коллизія нормъ такого рода достигла всемірно-историческаго значенія: это—коллизія между правомъ государства и правомъ церкви, борьба между императоромъ и папой, начиная со спора изъ-за инвеституры вплоть до «культурной борьбы» недавнихъ дней.

Наглядный способъ мышленія среднихъ вѣковъ представлялъ себѣ духовную и свѣтскую власть въ образѣ двухъ мечей: «Два меча Богъ послалъ на землю, дабы защитить христіанство: папѣ предназначенъ духовный, императору свѣтскій»—такъ и провозглашаетъ вступленіе настроеннаго въ пользу императора Sachsenspiegel'я (въ 1225 г.); точку зрѣнія папы представляло Schwabenspiegel (около 1275 г.): «Такъ какъ Богъ есть князь мира, то онъ оставилъ здѣсь на землѣ для защиты христіанства, два меча, когда онъ возносился къ небу; ихъ обоихъ одолжилъ нашъ Господь Святому Петру...; свѣтскій мечъ суда папа одолжилъ императору, духовный предназначенъ папѣ, дабы онъ имъ судилъ»; и въ знаменитой буллѣ Unam sanctam, какъ она, обыкновенно, называется по своимъ первоначальнымъ словамъ, папа Бонифацій VIII (1302 г.) выразилъ ту же мысль еще рѣзче: «Оба меча имѣетъ церковь въ своей власти, духовный и свѣтскій. Но первый долженъ бороться вмѣсто церкви, второй по уполномочію отъ нея. Первый принадлежитъ священнику, второй долженъ быть водимъ рукою королей и рыцарей, но только тогда и до тѣхъ поръ, пока это угодно папѣ. Одинъ мечъ, однако, долженъ быть подчиненъ другому, власть свѣтская должна покориться власти духовной». Такимъ обра-

зомъ, въ то время, какъ правовой порядокъ церкви претендуетъ на свое преимущество передъ правовымъ порядкомъ государства, государство заявляетъ въ Sachsenspiegel'ѣ, какъ и вообще въ теченіе среднихъ вѣковъ, для своего правопорядка притязаніе на равноправіе съ правопорядкомъ церкви. И только новѣйшее, осознавшее суверенитетъ въ качествѣ своего нормальнаго признака государство поднимаетъ и осуществляетъ требованіе подчиненія себѣ церкви, и теперь уже католическая церковь, съ своей стороны, въ своей политической практикѣ приходитъ къ требованію лишь равноправія съ государствомъ, къ теоріи координаціи,—въ то время, какъ оффиціальная католическая теорія сохраняетъ ученіе о подчиненіи государства церкви до послѣдняго дня—и всегда должна будетъ сохранять.

Ибо слѣдовать Богу надо больше, чѣмъ людямъ, и правовой порядокъ католической церкви, включая и власть духовнаго надъ свѣтскимъ мечемъ, основывается согласно католическому ученію на божественномъ указаніи. Церковь не есть созданное только изъ соображеній человѣческой цѣлесообразности средство для достиженія поставленныхъ Богомъ отдѣльнымъ людямъ религіозныхъ цѣлей; Богъ не ограничился только тѣмъ, что Онъ установилъ норму для жизни отдѣльнаго христіанина, но Онъ предначерталъ строй христіанскаго общежитія, строй, который не только стремится воспитывать отдѣльныхъ людей и поддерживать ихъ при этомъ въ исполненіи религіозныхъ обязанностей, но и помимо всего того, что онъ даетъ отдѣльнымъ людямъ, претендуетъ еще и на религіозную самоцѣнность, представляетъ собой религіозную самоцѣль. Церковное право есть для католическаго пониманія религіозная необходимость. Помимо правовой церкви съ папой и епископами нѣтъ спасенія!

Такое пониманіе Лютеръ хотѣлъ уничтожить, когда онъ 10 декабря 1520 года передъ Эльстерскими воротами въ Виттенбергѣ вмѣстѣ съ папской буллой сжегъ и законодательный кодексъ католической церкви. Съ точки зрѣнія протестантизма, въ рѣзкой противоположности къ католическому пониманію церковнаго права, утверждали: «Церковное право стоитъ въ противорѣчіи съ сущностью церкви»[1]); формализмъ права не можетъ рѣшать вопроса о спасеніи, принужденіемъ права нельзя достичь христіанской жизни, которая съ логической необходимостью можетъ вытекать лишь изъ христіанскаго убѣжденія. Посмотримъ, насколько это вѣрно.

Церковь, одна обладающая религіозной самоцѣнностью, по протестантскому воззрѣнію, вообще не отъ міра сего: это —

[1]) R. Sohm. Kirchenrecht 1892; въ популярномъ изложеніи: Kirchengeschichte im Grundriss. 17 Afl. 1911.

«невидимая церковь», въ которой объединены «во Христѣ» всѣ вѣрующіе христіане. Такимъ образомъ, въ понятіи невидимой церкви общность вѣры истолковывается какъ потусторонняя общность бытія, но именно какъ потусторонняя, неспособная и не нуждающаяся въ урегулированіи земными нормами права. Съ невидимой церковью, слѣдовательно, на самомъ дѣлѣ церковное право не совмѣстимо.

Невидимая церковь представляется по Аугсбургскому исповѣданію (1530) въ видѣ христіанскаго общенія; въ которомъ проповѣдуется чистое Евангеліе и подносятся Святые Дары согласно Евангелію. Такимъ образомъ, и «видимая Церковь» не можетъ быть ограничена правовыми формами: секта съ согласными со Священнымъ Писаніемъ проповѣдью и обрядомъ причащенія также несомнѣнно представляетъ часть видимой церкви, какъ и правовая «церковь» не представляла бы таковой при несоотвѣтствующихъ Священному Писанію проповѣди и обрядѣ причащенія.

И все же и протестантизмъ знаетъ церковное право и правовую церковь,— но только она не имѣетъ никакого отношенія къ религіозной самодовлѣющей цѣнности невидимой церкви и отраженію ея религіозной самодовлѣющей цѣнности въ видимой церкви. Правовая церковь относится къ церкви въ религіозномъ смыслѣ точно такъ же, какъ по нашему описанію выше право къ нравственности. Правовымъ формализмомъ огражденная, правовымъ принужденіемъ установленная церковь находится къ церкви истинной вѣры, истинной проповѣди, истиннаго обряда причащенія хотя и не въ отношеніи идентичности, но въ отношеніи средства къ цѣли, она стремится создавать и охранять предпосылки видимой церкви: истинную проповѣдь и истинный обрядъ причащенія, она стремится подготовить и сохранить такимъ путемъ предпосылки тѣхъ настроеній, которыя дѣлаютъ ея носителей членами невидимой церкви. Но для этой цѣли правовая церковь нуждается и въ возможности смѣщать духовныя лица съ ихъ должности за то, что ихъ ученіе отступаетъ отъ исповѣданія церкви. Правда, съ евангелической точки зрѣнія не ученіе опредѣляетъ вѣру, а вѣра—ученіе, и было бы потому не по-евангелически опредѣлять исповѣданіе церкви какъ единственно истинную норму вѣры, а исповѣдуемое съ искренней вѣрой отличающееся ученіе называть ложнымъ ученіемъ,— но пресловутый прусскій законъ 1910 года вовсе и не названъ «закономъ о ложныхъ ученіяхъ». Вполнѣ совмѣстимо думать, что хотя самыя различныя религіозныя убѣжденія религіозно совершенно равноправны, но что въ правовой церкви мѣсто только для одной изъ нихъ, ибо она для выполненія своей задачи нуждается въ гомогенности ея учительскаго персонала. Но только церковь, которая сознательно обнимаетъ лишь часть

религіозной жизни, не должна одну только себя чувствовать въ религіозномъ отношеніи мыслимой, она обязана скорѣе всего и за исключеннымъ ею религіознымъ направленіемъ признать способность организовываться въ новыя, религіозно съ нею равноцѣнныя церкви; единство церкви въ религіозномъ смыслѣ вѣдь такъ же мало исключаетъ множество правовыхъ церквей, какъ общность цѣли — разнообразіе путей. Даже въ самомъ своемъ рѣзкомъ выраженіи, въ лишеніи должности изъ-за отступленія отъ ученія, церковное право объединимо такимъ образомъ съ сущностью церкви въ религіозномъ смыслѣ. То положеніе, что церковное право стоитъ въ противорѣчіи съ сущностью церкви, нуждается въ ограниченіи въ томъ смыслѣ, что то церковное право, которое хотѣло бы быть большимъ, чѣмъ соображеніями человѣческой цѣлесообразности созданнымъ средствомъ для религіозныхъ цѣлей, для освященія единственно въ религіозномъ отношеніи цѣнныхъ отдѣльныхъ душъ, церковное право, которое бы гордилось божественнымъ установленіемъ и религіозной самодовлѣющей цѣнностью, противорѣчило бы протестантскому воззрѣнію на церковь. «Изъ церковнаго строя, созданнаго людьми, научаются придерживаться тѣхъ правилъ, которыхъ можно придерживаться безъ грѣха и которые служатъ для мира, для хорошаго порядка въ церквахъ... все же должно подготовить при этомъ къ тому, чтобы не отягощать совѣсть тѣмъ, будто такая вещь необходима для спасенія», говоритъ Аугсбургское исповѣданіе.

Противоположность между католической точкой зрѣнія на правовую церковь какъ на самоцѣль и протестантской точкой зрѣнія на правовую церковь какъ на средство къ освященію единственно цѣнныхъ въ религіозномъ отношеніи отдѣльныхъ душъ составляетъ, какъ мы уже видѣли, точную параллель противоположности органической и индивидуалистической точекъ зрѣнія на государство, и этотъ параллелизмъ находитъ свое продолженіе въ выводахъ обѣихъ паръ противоположностей.

Какъ органическая точка зрѣнія на государство, такъ и католическая точка зрѣнія на церковь консервативны. Данное Божественнымъ откровеніемъ, необходимое для спасенія церковное право должно быть неизмѣннымъ; новыя ученія, какъ, напримѣръ, догматъ о непогрѣшимости папы, не суть новыя положенія, а лишь новыя установленія религіозныхъ истинъ, которыя, хотя были многимъ неизвѣстны или непродуманы, все же дѣйствовали съ самаго начала. Для посредничества однако между неизмѣннымъ божественнымъ правомъ и измѣнчивыми требованіями настоящаго политическаго положенія курія, «эта самая старая и опытная дипломатія міра», превратила это protestatio facto contraria въ искусство, которое

уступки требованіямъ времени позволяетъ считать только временными отступленіями отъ принципіально сохраняемыхъ основныхъ положеній. Въ противовѣсъ этому, какъ индивидуалистическая точка зрѣнія на государство, такъ и протестантская точка зрѣнія на церковь являются прогрессивными: послѣдняя точка зрѣнія можетъ открыто измѣнять эту религіозно незначительную, не божественной заповѣдью установленную, а возникшую изъ побужденій человѣческой цѣлесообразности организацію и приспособлять ее къ духу времени.

Подобно тому, какъ въ области государства, и въ области церкви индивидуалистическая точка зрѣнія стремится далѣе къ коллективной, сверхъиндивидуальной точкѣ зрѣнія—къ авторитарной организаціи. Исторія католической церкви представляетъ развертывающійся процессъ авторитарной организаціи. Въ началѣ мы, согласно изложенію евангелическихъ историковъ церкви, должны себѣ представить анархическія органическія общины, образовавшіяся не путемъ правового принужденія, а путемъ свободнаго подчиненія нищихъ духомъ благословеннымъ Богомъ апостоламъ, пророкамъ и учителямъ: «Вы знаете, что почитающіеся князьями народовъ господствуютъ надъ ними; вельможи ихъ властвуютъ надъ ними; но между вами да не будетъ такъ, а кто хочетъ быть большимъ между вами, да будетъ вамъ слугой». (Маркъ X. 43 — 44). Затѣмъ (во второмъ вѣкѣ) изъ юридически гомогенной массы общины выдвигаются пресвитеры и епископы, чтобы въ скоромъ времени въ качествѣ единственныхъ носителей церковныхъ верховныхъ правъ, въ качествѣ клира отдѣлиться отъ мірянъ; правда, множество епископовъ равноправно стоятъ на одной плоскости: церковь имѣетъ аристократическій строй. Но и когда римскій епископъ поднимается надъ всѣми другими, монархическая папская система еще не вполнѣ одержала свою побѣду надъ аристократической епископальной системой: объединенное въ соборѣ епископство ставитъ себя, и особенно сильно въ рѣшеніяхъ Констанцскаго собора (1415), надъ папой. Только когда 18 іюля 1870 года Ватиканскій соборъ, тѣмъ самымъ отрекаясь отъ самого себя, рѣшительно объявляетъ папу непогрѣшимымъ, а потому «выносящимъ рѣшенія неизмѣнно собственной властью, а не только лишь съ согласія церкви», идея власти въ католической церкви получаетъ свое полное абсолютно-монархическое выраженіе. Но католическая церковь есть абсолютная выборная монархія, и такимъ образомъ это, изъ всѣхъ правовыхъ образованій самое удивительное, при всемъ своемъ абсолютизмѣ могло сохранить вмѣстѣ съ тѣмъ черты демократизма: никакая низость происхожденія не препятствуетъ возвышаться изъ среды мірянъ въ клиръ и двигаться въ предѣлахъ клира по всѣмъ ступенямъ іерархіи: Джузеппе

Сарто, по-нѣмецки Іосифъ Шнейдеръ, назывался тотъ, который подъ именемъ Пія X носитъ теперь трояко увѣнчанную тіару.

Въ совершенно противоположеномъ направленіи развивалась лютеранская церковная организація. Ея исходная точка — самая демократическая, какую только можно себѣ представить: ученіе о «всеобщемъ священствѣ»; нѣтъ въ ней, какъ въ католической церкви, лѣстницы одаренныхъ различной божественной силой сословій, передъ Богомъ всѣ равны, и если и протестантизмъ отличаетъ духовныхъ отъ мірянъ, то это различіе все же не имѣетъ религіознаго значенія, а скорѣе всего значеніе раздѣленія труда, возникающаго, подобно всякому другому образованію профессій, изъ человѣческихъ соображеній цѣлесообразности. Но интересы Лютера ограничились только преобразованіемъ ученія церкви — церковное право вѣдь произведеніе людей, лишенное религіознаго значенія. Форма католической епископальной церкви могла, какъ правовая организація безъ религіознаго значенія, при всемъ томъ продолжать свое существованіе, если бы она только исполнилась содержаніемъ истиннаго евангелическаго ученія. Это не произошло, и потому протестантизму необходимо было создать внѣ католической церкви новую правовую организацію. Но, какъ думалъ Лютеръ въ апостольскомъ идеализмѣ, въ великомъ и роковомъ равнодушіи ко всякой не имѣющей религіознаго значенія внѣшности, правовая организація не есть религіозная, а свѣтская и потому не церковная, а государственная задача. Монархъ, какъ «выдающійся членъ церкви», имѣетъ своей обязанностью своею княжескою властью оказывать услуги и церкви и вмѣстѣ съ государствомъ и въ предѣлахъ государства организовать и управлять церковью. Какое дѣло до того, что благодаря этому протестантизмъ раздѣлился на столько мѣстныхъ церквей, сколько есть князей? Вѣдь только у правовой церкви не будетъ единства; потустороняя общность всѣхъ вѣрующихъ въ Христа въ единой невидимой церкви человѣческими правовыми предписаніями ненарушима. Какое дѣло до того, что отдѣльная личность и въ качествѣ члена церкви безправно подчиняется абсолютной наслѣдственной монархіи? Свобода человѣка-христіанина есть свобода внутренняя, которую создаетъ вѣра, а съ вѣрой и развитіемъ ея путемъ истинной проповѣди и истиннаго причащенія ничего не имѣетъ общаго ограниченное исключительно юридической внѣшностью церковное управленіе князя. Въ то время, какъ католическая церковь связываетъ съ абсолютистскимъ основнымъ характеромъ демократическія черты, протестантизмъ такимъ образомъ, несмотря на свою демократическую сущность, принялъ монархическую форму организаціи.

Слѣдующія столѣтія представляютъ собой все болѣе развивающійся процессъ освобожденія евангелической церкви отъ

тисковъ государственной власти. Церковное управленіе князя выросло еще изъ того средневѣковаго воззрѣнія, будто князь и государство, какъ таковое, находятся на службѣ у христіанства; поэтому церковное управленіе составляетъ часть правительственной власти князя, церковная администрація — часть администраціи государства. Только эпоха естественнаго права принесла съ собой познаніе того, что князь и государство, какъ таковые, служатъ исключительно мірскимъ цѣлямъ, что задачи церкви слѣдовательно не включены въ интересахъ государства; церковь не есть часть государства, а выполняетъ, хотя и въ предѣлахъ и подъ властью государства, задачи внѣгосударственнаго характера, точно такъ же, какъ пѣвческое или гимнастическое общество, которыя хотя и находятся въ предѣлахъ государства и подъ его властью, но, когда поютъ или дѣлаютъ гимнастику, все же не выполняютъ никакихъ государственныхъ задачъ. Также и церковь для этой эпохи, которая привыкла мыслить себѣ всякую организацію, вплоть до государства, въ видѣ союза, является союзомъ, отличающимся отъ другихъ союзовъ тѣмъ, что его предсѣдателемъ является князь. Но если для эпохи реформаціи, которая полагала, что цѣли церкви заключаются въ цѣляхъ государства, князь, въ качествѣ князя, является главой церкви, то по новому воззрѣнію онъ сосредоточиваетъ въ своихъ рукахъ церковное управленіе не на основаніи, а наряду со своей княжеской властью, подобно тому, какъ онъ, напримѣръ, не на основаніи, а наряду со своей княжеской властью принимаетъ на себя протекторатъ надъ выставкой. Онъ объединяетъ вслѣдствіе исторической случайности двѣ роли въ одномъ лицѣ, роль князя и, какъ обыкновенно выражаются, роль summus episcopus'а, высшаго епископа, папы евангелической мѣстной церкви.

Но это признаніе простой личной уніи государства и евангелической церкви (поскольку она въ это время вообще ужъ существуетъ) прежде всего еще не приноситъ пользы церкви въ смыслѣ большой свободы отъ государства. Мы находимся въ эпохѣ полицейскаго государства, благосклонный деспотизмъ котораго не только вторгается, опекая, въ интимнѣйшія дѣла личности, не только проглотилъ политическую общину, но не остановился и передъ внутренними дѣлами союзовъ, въ особенности союзовъ культа, церквей. Такъ, напримѣръ, одинъ цензурный уставъ въ 1694 году постановляетъ о снѣ во время церковной службы: «Если кто спитъ, то находящіеся съ нимъ по сосѣдству съ обѣихъ сторонъ должны разбудить его, а при неисполненіи сего, въ особенности когда спящій храпитъ и головой и тѣломъ покачивается то туда, то сюда, каждый долженъ дать равномѣрно по три альба въ наказаніе. Но дабы каждый могъ лучше воздержаться отъ сна, пусть тотъ, на кого находитъ сонъ, при-

поднимается и стоя слушаетъ проповѣдь». Только когда, начиная съ 1848 года, начинаетъ усиливаться принципъ свободы союзовъ, управленіе и организація евангелической церкви начинаютъ все болѣе и болѣе отдѣляться отъ управленія и организаціи государства. На нижней ступени образовались въ качествѣ органовъ церковнаго управленія уже въ эпоху реформаціи суперинтенденты и надъ ними консисторіи; теперь въ цѣломъ рядѣ нѣмецкихъ государствъ и въ высшей инстанціи церковная администрація, которая до сего времени осуществлялась министерствомъ, отдѣляется отъ администраціи государства и переходитъ къ непосредственно слѣдующему за княземъ высшему церковному совѣту (Пруссія 1850). Только въ лицѣ князя встрѣчаются еще и теперь церковные и государственные административные организмы.

Но если лютеранская церковь и самостоятельна по отношенію къ государству, то все же она и теперь представляетъ еще собою абсолютистски и бюрократически управляемую монархію. Въ организаціи реформаторской церкви напротивъ того нашелъ выраженіе съ самаго начала коллективный характеръ протестантизма; Кальвинъ, юристъ, требовалъ и осуществилъ участіе представительствъ въ церковномъ управленіи и при томъ по католическому образцу, признавая, что это не только цѣлесообразно съ человѣческой точки зрѣнія, но и необходимо съ религіозной точки зрѣнія. То самое движеніе, которое создало для государства самоуправленіе и конституціонализмъ, слило въ церкви абсолютитскій консисторскій строй съ пресвитеріанской организаціей (Прусское положеніе о церковныхъ общинахъ и синодѣ 1873 года, положеніе о генеральномъ синодѣ 1876 года). Въ церковномъ управленіи почти всѣхъ нѣмецкихъ государствъ принимаютъ участіе въ качествѣ органовъ самоуправленія въ общинахъ пресвитеріальныя собранія, въ общинныхъ союзахъ — синоды окружные, провинціальные синоды, а въ законодательствѣ для всей мѣстной церкви участвуетъ въ качествѣ церковнаго парламента генеральный синодъ. Такимъ образомъ и въ церковной монархіи осуществлена конституціонная идея.

И послѣ того, какъ церковь была признана союзомъ, и церковная власть, какъ власть союза, отдѣлена отъ государственной власти, у государства все же осталось господство надъ церковью: если церковь союзъ, то союзъ въ государствѣ и подъ его властью, и какъ всякій другой союзъ подчинена союзному верховенству государства, въ данномъ случаѣ называемому церковнымъ верховенствомъ. Какъ всякій союзъ, и церковь регулируетъ свои внутреннія отношенія при посредствѣ собственныхъ органовъ, по собственному уставу, въ данномъ случаѣ назы-

ваемому церковнымъ правомъ; напротивъ, государство присваиваетъ себѣ власть регулировать отношенія какъ всякаго союза, такъ и церкви къ другимъ соціальнымъ силамъ государства, въ особенности къ другимъ церквамъ и къ самому государству, на основаніи собственнаго государственнаго права, въ данномъ случаѣ называемаго государственнымъ церковнымъ правомъ. Господство князя надъ церковью, такимъ образомъ, раздѣлилось на церковную власть, которая предоставлена самой церкви и осуществляется княземъ при посредствѣ собственныхъ своихъ органовъ съ высшимъ церковнымъ совѣтомъ во главѣ, и церковное верховенство, на которое имѣетъ притязаніе государство и которое выполняетъ черезъ государственные органы, съ министерствомъ культа во главѣ. Мы видѣли, что оно это церковное верховенство утверждало и проводило не только по отношенію къ евангелической церкви, которая, будучи связана съ нимъ посредствомъ княжескаго епископства въ личной уніи и замкнутой подобно ему одинаковыми границами, никогда противъ него не поднималась, но и по отношенію къ католической міровой церкви, которая никогда не можетъ признавать этого притязанія.

Троякимъ образомъ можетъ государство благодаря своему церковному верховенству опредѣлять свое отношеніе къ церкви: оно можетъ его съ собой слить, можетъ его отъ себя отдѣлить, оно можетъ вступить на средній путь. Сліяніе государства и церкви мы видѣли въ евангелическомъ государствѣ эпохи реформаціи. Оно у насъ отошло въ область прошлаго: съ тѣхъ поръ, какъ благодаря Вестфальскому миру (1648 года) существуютъ государства съ религіозно смѣшаннымъ населеніемъ; съ тѣхъ поръ, какъ эпоха просвѣщенія создала идею естественной религіи, въ которой всѣ исповѣданія принимаютъ одинаковое участіе,—государство все меньше и меньше можетъ себя отожествлять съ церковью одного исповѣданія. Со времени прусскаго всеобщаго земскаго права (1794 года) начинаютъ признавать не только одну церковь государственнымъ учрежденіемъ, но всѣ церкви учрежденіями или союзами въ государствѣ. Но церкви являются особенно вліятельными союзами, союзами, властью которыхъ надъ душами государство, съ одной стороны, можетъ воспользоваться, напримѣръ, для образованіе опредѣленнаго и для него цѣннаго образа мыслей въ народѣ, съ другой стороны, тамъ, гдѣ интересы государства и церкви расходятся, оно должно бояться опасностей. Поэтому церковное верховенство расходится съ обыкновеннымъ союзнымъ верховенствомъ въ двоякомъ отношеніи: съ одной стороны, государство покровительствуетъ церквамъ по отношенію къ другимъ союзамъ, оно оказываетъ имъ должную поддержку, оно разрѣшаетъ имъ обложеніе налогами ихъ членовъ и помо-

гаетъ имъ принуждать въ административномъ порядкѣ къ уплатѣ налоговъ, оно допускаетъ въ своихъ школахъ преподаваніе религіи въ духѣ церковныхъ догматовъ, оно открываетъ въ университетахъ теологическіе факультеты для подготовки духовныхъ лицъ для церквей; но, съ другой стороны, государство наблюдаетъ за церквами и болѣе строго, чѣмъ за другими союзами, сохраняя, напримѣръ, вліяніе на замѣщеніе церковныхъ должностей, въ особенности епископскихъ каѳедръ, ставя дѣйствіе церковнаго законодательства въ зависимоеть отъ своего «Placet», въ противовѣсъ къ дисциплинарнымъ мѣрамъ церкви давая потерпѣвшему возможность апеляціи въ государственныя учрежденія. Благодаря такому особенному отношенію, церкви, подобно политическимъ общинамъ и коммунальнымъ союзамъ противостоятъ другимъ, частнымъ союзамъ, въ качествѣ публично-правовыхъ союзовъ. Такъ мѣсто одной государственной церкви заняли множество мѣстныхъ церквей; спрашивается, должны ли мы сдѣлать дальнѣйшій шагъ, шагъ отъ системы мѣстныхъ церквей къ свободной церкви, къ полнѣйшему отдѣленію государства отъ церкви, къ системѣ, которая въ принципѣ отклоняетъ всякое особенное отношеніе къ церквамъ по сравненію съ другими союзами, всякое различіе между церковнымъ верховенствомъ и верховенствомъ союзнымъ и тѣмъ самымъ дѣлаетъ религію вполнѣ личнымъ дѣломъ. «Свободная церковь въ свободномъ государствѣ» — по извѣстнымъ словамъ Кавура — была съ самаго начала осуществлена въ Сѣверо-Американскомъ союзѣ и на нашихъ глазахъ (въ 1905 году) нашла себѣ доступъ во французской республикѣ, — но изъ самыхъ различныхъ основаній: въ Америкѣ государство увидѣло себя среди огромнаго множества религіозныхъ обществъ и, чтобы не обойти одного передъ другими, слѣдовательно, въ интересахъ свободныхъ церквей, предоставило ихъ всѣхъ самимъ себѣ; во Франціи, которая, главнымъ образомъ, имѣетъ дѣло лишь съ одной религіозной общностью, съ католической церковью, это основаніе не могло быть рѣшающимъ; если тамъ религіозно настроенное государство — открывается же Сѣверо-Американскій конгрессъ молитвою — хочетъ давать всѣмъ оттѣнкамъ религіозности одинаковое покровительство, то здѣсь чувствующее себя нерелигіознымъ государство хочетъ лишить религію своей поддержки. Такимъ образомъ, ходъ вещей въ Америкѣ и Франціи показываетъ намъ, что отдѣленіе церкви отъ государства можетъ служить какъ религіозности, такъ и нерелигіозности.

Свободная церковь служитъ интересамъ религіи. Государственное покровительство церквамъ способствуетъ тому, что онѣ легко становятся безсознательнымъ орудіями намѣреній государства.

Государства, «вѣдь, очень заинтересованы въ томъ, что кто-нибудь набоженъ и скроменъ по старому обычаю,

Они полагаютъ, что если онъ гнетея тутъ, то послушается и насъ».

Добрая часть рабочей массы, безъ сомнѣнія, только потому отошла отъ церкви, что увидѣла, въ ней союзницу «классового государства»,—и тѣмъ, что на католическую церковь приходится меньшая часть этой потери, она должна быть, между прочимъ, благодарной своему временному нахожденію въ борьбѣ противъ государства.

Однако свободная церковь—также въ интересахъ и тѣхъ, которые потеряли внутреннюю связь съ религіей, но вслѣдствіе государственной цѣнности ея боятся разорвать и внѣшнюю связь. И для самой церкви можтъ быть только желательнымъ посредствомъ отдѣленія освободиться отъ своихъ неискреннихъ членовъ и испытать ту силу притяженія, которую имѣетъ религіозная идея безъ поддержки матеріальныхъ соображеній.

Нельзя отрицать, что равномѣрному отдѣленію государства и церкви въ Германіи мѣшаютъ трудно одолѣваемыя препятствія: принадлежность государсгвениаго церковнаго права къ праву нѣмецкихъ отдѣльныхъ государствъ, церковное управленіе князя, отъ котораго въ случаѣ отдѣленія необходимо было бы отказаться, ликвидація государствомъ взятыхъ имъ на себя благодаря секуляризаціи финансовыхъ обязательствъ по отношенію къ католической церкви. Но и эти препятствія будутъ преодолѣны тогда, когда это, наконецъ, будетъ признано необходимымъ ради честности религіознаго мышленія, какъ вѣры, такъ и безвѣрія.

Международное право.

Надъ государствомъ и церковью (католической) не существуетъ общей, высшей юридической власти. Никакая изъ обѣихъ частей не можетъ признавать другую юридически равноправной, подчиненной вмѣстѣ съ ней одной общей высшей инстанціи, наоборотъ, каждая должна неумолимо претендовать на преимущество передъ другой: церковь должна для господства надъ душами, которое она себѣ приписываетъ, требовать предпочтенія передъ господствомъ надъ тѣлами, которое только одно она можетъ признавать за государствомъ,—а государство должно для своей территоріальной власти требовать первенства передъ простой личной властью церкви, которая, будучи «государствомъ» безъ территоріи, можетъ осуществлять власть надъ принадлежащими къ ней только на чужой ей государственной территоріи. Только сила можетъ такимъ образомъ рѣшать споръ между государствомъ и церковью. Правда, это состязаніе силъ часто принимаетъ характеръ правовыхъ формъ, формъ международнаго права: суверены на одинаковыхъ правахъ ведутъ сношенія съ папой, который и послѣ включенія церковнаго государства въ составъ итальянскаго королевства на основаніи итальянскаго закона отъ 1871 года сохранилъ для своей личности подобную монархической независимость отъ итальянской и всякой другой государственной власти, и соглашенія между государствомъ и церковью воплощаются въ форму договоровъ международнаго права, въ данномъ случаѣ называемыхъ конкордатами. Но конкордатъ только по внѣшнему виду является договоромъ международнаго права между равноправными державами: всякая изъ обѣихъ внѣшне заключающихъ договоръ частей видитъ въ уступкахъ, которыя она дѣлаетъ другой части, льготу, которую она, какъ повелитель подчиненному, односторонне предоставляетъ и опять-таки односторонне можетъ взять назадъ. Конкордатъ для церкви является привилегіей, которую она добровольно даруетъ государству, своему служителю, для государства же—закономъ, при посредствѣ котораго оно добровольно оказываетъ льготу подчиненной церкви,—на этой послѣдней государственной точкѣ зрѣнія покоится,

напр., вызвавшее много споровъ измѣненіе Баварскаго конкордата 1817 года путемъ религіознаго эдикта 1818 года. Государство и церковь, хотя и могутъ вступать другъ съ другомъ въ сношенія въ формахъ международнаго права, подобно тому, какъ, напр., законное правительство можетъ вести переговоры съ революціонной силой въ формахъ международнаго права, но никогда однако не могутъ признать другъ друга дѣйствительными членами международнаго правового союза.

Но можно спорить, могутъ ли государства, которыя, опираясь на равенство своихъ силъ или, несмотря на свое безсиліе, на соперничество другихъ государствъ, раздѣляютъ между собой поверхность земного шара, быть мыслимыми въ своихъ отношеніяхъ другъ къ другу въ качествѣ подчиненныхъ одному правопорядку. Если государства, обычно суверенныя, представляютъ собою высшую власть на землѣ, то немыслима никакая еще болѣе высокая власть, которая въ качествѣ законодательной власти устанавливала бы для нея право, въ качествѣ судебной власти примѣняла его, а въ качествѣ исполнительной власти принудительно проводила въ жизнь. Но правопорядокъ безъ организаціи, создающей право, творящей правосудіе, защищающей право, право безъ государства составляетъ, какъ полагаютъ, немыслимое представленіе. Такимъ образомъ неоднократно рѣшались отказать междугосударственному, надгосударственному международному «праву» въ юридической природѣ,—вмѣсто того, чтобы, наоборотъ, изъ невызывающаго сомнѣнія юридическаго характера международнаго права получить поводъ къ размышленіямъ о неправильности понятія права, изъ котораго исходили. Въ дѣйствительности возникновеніе и осуществленіе юридическихъ нормъ именно не предполагаетъ организаціи юридически подчиненныхъ. И неорганизованная народная общность создаетъ, какъ мы видѣли, право—въ видѣ обычнаго права; и въ видѣ обычнаго права могла и неорганизованная семья народовъ создать международное право, напр., положеніе о неприкосновенности пословъ. Но среди возникшихъ путемъ обычнаго права нормъ международнаго права есть одна, которая дала возможность и въ области международнаго права переходить отъ стихійнаго созданія растущаго въ дикомъ состояніи обычнаго права къ сознательному правотворчеству, это—положеніе о томъ, что какъ договоры отдѣльныхъ лицъ, такъ и договоры государствъ между собой обязательны для заключающихъ договоръ сторонъ—по крайней мѣрѣ, обязательны до тѣхъ поръ,—обыкновенно добавляютъ представители международнаго права, внося ограниченіе по сравненію съ обязательной силой частно-правовыхъ договоровъ,—пока продолжается то политическое положеніе, которое образуетъ ихъ

молчаливую предпосылку. Путемъ международно-правового договора отдѣльныхъ государствъ между собой можетъ быть создаваемо мѣстное международное право, путемъ международно-правового договора всѣхъ государствъ между собой—общее международное право; такъ, напр., путемъ Женевской конвенціи 1864 года, «для улучшенія положенія раненыхъ солдатъ въ воюющихъ арміяхъ» было, можно сказать, создано общее международное право. Все же и такое средство, какъ международный договоръ не можетъ замѣнить вполнѣ недостатка въ международномъ законодательствѣ: договоръ обязываетъ лишь заключающихъ его, средства обязать того, который обязываться самъ не хочетъ, международное право не знаетъ, конгрессы государствъ никогда не могутъ посредствомъ рѣшеній большинства связать меньшинство; ибо отдѣльныя государства не подчинены никакой высшей власти, даже и выражающей свое мнѣніе въ большинствѣ голосовъ совокупности государствъ.

Такъ же мало, какъ отсутствіе законодательной власти мѣшаетъ признанію юридическаго характера международнаго права, мѣшаетъ этому признанію и отсутствіе судебной и принудительной власти, исключительное направленіе потерпѣвшаго государства на путь военной самопомощи. Ибо принудительность часто отсутствуетъ, какъ мы уже видѣли, и у юридическихъ нормъ внутри государственнаго права, при чемъ на этомъ основаніи ни у кого не возникаетъ мысли отказать имъ въ юридическомъ характерѣ: германскій императоръ, безъ сомнѣнія, юридически обязанъ опубликовать одобренный рейхстагомъ и союзнымъ совѣтомъ законъ безъ того, однако, чтобъ онъ могъ быть къ тому принуждаемъ. Гарантія же правильнаго исполненія, которую мы признали необходимой для понятія дѣйствующаго права, присуща международному праву не меньше, чѣмъ внутригосударственному праву. Давленіе международнаго общественнаго мнѣнія приводитъ даже къ тому, что нарушенія международнаго права бываютъ куда рѣже, чѣмъ нарушенія внутригосударственнаго права, и что, далѣе, даже такое нарушеніе международнаго права не рѣшается признавать себя открыто таковымъ, а принуждено оправдываться всякими способами передъ международнымъ правомъ. Но, какъ извѣстно, лицемѣріе есть дань порока добродѣтели и притомъ дань не совсѣмъ безцѣнная: ибо такова природа духовъ, что тотъ, кто ихъ вызываетъ, не можетъ ихъ по своему желанію отправить обратно.

Международное право является такимъ образомъ, несмотря на анархическое отсутствіе организаціи семьи государствъ, истиннымъ правомъ, и приверженцы анархизма, обыкновенно, указываютъ на существованіе международнаго права, какъ на доказательство того, что, подобно тому, какъ въ настоящемъ

государства, такъ и въ будущемъ отдѣльные люди могли бы ужиться другъ съ другомъ безъ принудительной организаціи, будучи подчиненными исключительно одной обычно-правовой нормѣ о томъ, что договоры обязываютъ; будучи связаны между собой исключительно постольку, поскольку они себя такими договорами сами связываютъ. Но между безчисленнымъ множествомъ злонамѣренныхъ и неразумныхъ отдѣльныхъ людей гораздо труднѣе мыслимо то, что возможно между незначительнымъ числомъ государственныхъ организацій: воля государства, созданная путемъ взаимодѣйствія его лучшихъ духовныхъ силъ и связанная этическими ученіями оцѣнки большинства его народа, въ повиновеніи котораго оно должно себя чувствовать увѣреннымъ, даетъ гарантіи разумности и справедливости его рѣшеній, которыхъ воля отдѣльнаго человѣка не даетъ: къ этой принципіальной точкѣ зрѣнія присоединяется историческое изслѣдованіе вопроса, является ли дѣйствительно анархія семьи народовъ тѣмъ предѣломъ, который можно ставить какъ примѣрный образецъ органической народной общности, или она, наоборотъ, представляетъ начало, которое развивается въ направленіи организаціи, аналогичной внутригосударственной организаціи; не носитъ ли анархическое международное право въ себѣ тенденціи исчезнуть въ далекомъ будущемъ въ «организаціи міра», въ міровомъ союзномъ государствѣ, даже въ государственномъ правѣ человѣчества [1]).

За то, что международное право есть только начало, говоритъ его молодость. Возникновеніе международнаго права зависѣло отъ двухъ предпосылокъ: отъ существованія рядомъ множества государствъ, съ одной стороны; отъ основаннаго на общности культуры взаимнаго уваженія этихъ государствъ, съ другой стороны. Въ древности не было этой второй предпосылки: народъ, который только одного себя считалъ «избраннымъ», народъ, который во всѣхъ другихъ видѣлъ «варваровъ», народъ, который заявлялъ притязаніе на міровое господство, не могъ признавать за другими народами предполагаемаго международнымъ правомъ равноправія. Въ средніе вѣка, наоборотъ, не было налицо первой предпосылки. До тѣхъ поръ, пока представленіе о христіанскомъ всемірномъ государствѣ подъ діархіей императора и папы владѣло, если не дѣйствительнымъ міромъ государствъ, то все же политическимъ міромъ идей, нельзя еще было вполнѣ осознать предполагающей большинство государствъ идеи надгосударственнаго права. Потребность въ международномъ правѣ могла проявиться только тогда, когда реформація разорвала путы папства, а въ понятіи суверенитета нашли юридическую формулу для фактически давно достигнутой

[1]) Ср. W. Schücking. Die Organisation der Welt. 1909.

независимости не нѣмецкихъ національныхъ государствъ, въ особенности Франціи, отъ власти императора, и когда увидѣли, какъ монархи суверенныхъ государствъ во множествѣ другъ подлѣ друга высоко и свободно подняли вверхъ головы; только Гуго Гроцій сталъ съ появленіемъ въ 1625 году его сочиненія «отцомъ международнаго права». Но международное право вначалѣ еще не связываетъ совокупности государствъ. До тѣхъ поръ, пока въ центрѣ культуры стоитъ религія, культурная пропасть между христіанскими и нехристіанскими государствами слишкомъ велика, чтобы она могла быть преодолѣна путемъ международнаго права. Существуетъ лишь одно христіанское европейское международное право. На нехристіанскія государства оно могло быть распространено только послѣ того, какъ христіанскія государства вслѣдствіе секуляризаціи культуры почувствовали, что ихъ съ ними болѣе связываютъ культура и торговыя сношенія, чѣмъ отдѣляетъ религія. Послѣ Крымской кампаніи 1856 года Турція принимается въ «европейскій концертъ», съ 1899 года, послѣ побѣды надъ Китаемъ, къ международной правовой семьѣ причислена Японія; Китай, Сіамъ, Персія принимаютъ участіе уже въ первой Гаагской конференціи мира (1899 г.); на вторую Гаагскую конференцію мира (1907 г.), на самый обширный конгрессъ въ міровой исторіи, были приглашены 45 государствъ, и тѣмъ самымъ было доказано, что въ настоящее время семья международнаго права обнимаетъ, за незначительными исключеніями, весь земной шаръ.

Но этому экстенсивному развитію соотвѣтствуетъ и интенсивное развитіе международнаго права въ направленіи все болѣе тѣснаго сплоченія семьи государствъ—какъ въ области законодательства, такъ и въ области управленія и правосудія. Конгрессы государствъ, въ особенности періодически собирающійся каждые пять лѣтъ всемірный почтовый конгрессъ, и несомнѣнно также превращающіяся въ постоянное учрежденіе мирныя конференціи, представляютъ для семьи международнаго права законодательные органы. Благодаря этимъ или другимъ заключеннымъ интернаціональнымъ конвенціямъ регулированы единообразно для всѣхъ націй цѣлыя области права: всемірный почтовый союзъ (1878 г.) объединяетъ международное почтовое право земного шара; почти исчерпывающій интернаціональный законодательный кодексъ о желѣзнодорожныхъ тарифныхъ сношеніяхъ представляетъ собою, по крайней мѣрѣ для большей части Европы, тарифное соглашеніе отъ 1890 года; конвенція о метрѣ (1875 г.) даетъ главнымъ державамъ единообразную систему мѣръ; Бернская конвенція (1886 г.) создаетъ для ряда государствъ интернаціональное авторское право на произведенія литературы и искусства. Но и безъ принужденія договорами международнаго права національное право, въ

особенности право торговое, развивается по своему содержанію въ интернаціональномъ духѣ. «Сравнительная наука права» выросла, поэтому, въ высшей степени важную для законодательства юридическую дисциплину. Даже для такого на первый взглядъ исключительно національнаго начинанія, какъ реформа нашего уголовнаго права первой предварительной работой является обширное «сравнительное изложеніе нѣмецкаго и иностраннаго уголовнаго права». О проведеніи интернаціональной конвенціи въ жизнь заботятся также частью сами коалиціи государствъ посредствомъ собственныхъ интернаціональныхъ административныхъ учрежденій. Такъ въ Бернѣ засѣдаютъ бюро всемірнаго почтоваго союза и союза для защиты авторскаго права, въ Парижѣ охраняется интернаціональнымъ бюро мѣра нормальнаго метра, Европейская Дунайская комиссія надзираетъ за дунайскимъ судоходствомъ, а у вратъ Востока и Запада интернаціональные санитарные совѣты и станціи, подъ руководствомъ высшаго санитарнаго совѣта въ Константинополѣ, стоятъ на стражѣ занесенія холеры и чумы.

Наконецъ, въ новѣйшее время вступили въ жизнь и суды для разрѣшенія интернаціональныхъ споровъ,—прежде всего созданный первой Гаагской мирной конференціей, постоянный третейскій судъ въ Гаагѣ, который, правда, состоитъ лишь изъ постояннаго судебнаго секретаріата и списка судей, изъ которыхъ спорящія стороны въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ выбираютъ своихъ судей. Однако, обращеніе къ третейскому суду только предоставляется, а не предписывается спорящимъ государствамъ: проектъ всемірнаго третейскаго договора, которымъ бы каждое государство обязывалось по отношенію ко всѣмъ другимъ прибѣгать къ обращенію въ третейскій судъ, потерпѣлъ крушеніе на второй Гаагской конференціи вслѣдствіе возраженія Германіи. Все же и здѣсь Германія въ принципѣ высказалась за заключеніе третейскихъ договоровъ съ отдѣльными государствами, каковые и были со времени первой конференціи заключены въ большомъ количествѣ—изъ европейскихъ великихъ державъ впервые (1903 г.) между Англіей и Франціей. Германія сама заключила такой третейскій договоръ (1904 г.) съ Англіей на пять лѣтъ и позже продолжила его на дальнѣйшіе пять лѣтъ. По этому договору на разсмотрѣніе постояннаго третейскаго суда въ Гаагѣ передаются «спорные юридическіе вопросы и тѣ спорные вопросы, которые относятся къ толкованію существующихъ договоровъ между обѣими заключающими договоръ сторонами... при той предпосылкѣ, что эти спорные вопросы не затрогиваютъ жизненныхъ интересовъ, независимости или чести обоихъ заключающихъ договоръ государствъ и не касаются интересовъ третьихъ державъ». Та-

кимъ образомъ, германско-британскій договоръ заключаетъ въ себѣ вмѣстѣ съ большинствомъ другихъ третейскихъ договоровъ троякое ограниченіе:

Только юридическіе вопросы, а не вопросы, касающіеся интересовъ, подлежатъ третейскому суду, и только международно-правовые, а не политическіе споры. Это ограниченіе упускаетъ изъ виду, что различіе между международнымъ правомъ и политикой заключается не въ сущности спорныхъ случаевъ, а исключительно въ той точкѣ зрѣнія, съ которой ихъ разсматриваютъ; что всякій интернаціональный спорный случай можетъ быть разсматриваемъ какъ съ точки зрѣнія международнаго права, такъ и съ точки зрѣнія политики и что, такимъ образомъ, въ сущности предоставляется усмотрѣнію спорящихъ сторонъ, предложить ли опредѣленный спорный случай на разсмотрѣніе суда или же отнять его у него. На предложеніе безъ такого ограниченія всѣхъ интернаціональныхъ споровъ третейскому суду можно, правда, только тогда согласиться, когда соглашаются съ окончательнымъ фиксированіемъ существующей системы государствъ. Ибо, если третейскій судъ долженъ рѣшать по объективнымъ нормамъ, то онъ можетъ разсматривать спорный вопросъ только съ точки зрѣнія международнаго права, а не съ точки зрѣнія политики, право же большей частью стоитъ на сторонѣ «status quo». Если бы Викторъ Эмануилъ Второй въ 1859 году представилъ третейскому суду свой проектъ расширенія королевства Сардинскаго путемъ аннексіи другихъ итальянскихъ государствъ въ итальянское королевство, — онъ едва ли былъ бы признанъ правымъ, и Италія была бы понынѣ еще географическимъ понятіемъ. И притязаніе на Триполи, которое заявилъ по серьезнымъ съ политической точки зрѣнія основаніямъ его внукъ, должно было бы быть всякимъ международнымъ трибуналомъ прямо отвергнуто.

Юридическіе вопросы должны, далѣе, быть лишь тогда подчинены третейскому разбирательству, когда они не затрогиваютъ жизненныхъ интересовъ одной изъ спорящихъ сторонъ. Міровая исторія не можетъ выйти въ отставку ради юриспруденціи; для коллегіи изъ пяти законовѣдовъ международнаго права вѣсы, на чашкахъ которыхъ лежатъ судьбы двухъ народовъ, слишкомъ тяжелы. Правда, такъ можетъ говорить только тотъ, кто вѣритъ въ страшный судъ исторіи и въ Божій судъ войны, ибо онъ не довѣряетъ человѣческому разуму. Первый законодатель, вѣроятно, и долженъ былъ показаться себѣ нечестивцемъ, который посягаетъ на божественныя права, когда онъ слабой человѣческой рукой осмѣлился формировать то право, которое до тѣхъ поръ выходило изъ рукъ Бога. Все же онъ осмѣлился на это,— и можетъ ли человѣческій разумъ, который позволилъ себѣ замѣнить для жизни народа непосред-

ственное божественное руководство, не осмѣлиться на это и для жизни народовъ? Робѣя передъ каждымъ новымъ шагомъ и все же влекомое къ все дальнѣйшимъ шагамъ, боязливо и гордо, совершаетъ свой путь черезъ исторію то убѣжденіе, что нѣтъ никакого разума въ мірѣ тамъ, гдѣ мы не даемъ управлять нашему разуму, и все снова и снова мы нуждаемся въ напоминаніи: Sapere aude!

Наконецъ, не подлежатъ вѣдѣнію третейскаго разбирательства и тѣ юридическіе вопросы, которые затрогиваютъ національную честь. Подобно тому, какъ опредѣленная точка зрѣнія на личную честь запрещаетъ разрѣшеніе вопросовъ чести передъ уголовными судами и требуетъ окончанія дѣла дуэлью, частной войной, такъ эта точка зрѣнія, примѣняя понятіе чести къ національной чести, объявляетъ и для интернаціональныхъ споровъ о чести путь права неподходящимъ и войну необходимой. Идея возстановленія оскорбленной чести путемъ обнаруженія смѣлой готовности взяться за оружіе, правда, до тѣхъ поръ по справедливости считается противорѣчивой, пока еще существуютъ храбрые мошенники. Но тѣмъ самымъ нисколько не поражается основная идея ведущагося изъ-за чести поединка и войны народовъ: они вовсе не хотятъ уничтожить уже имѣвшее мѣсто оскорбленіе чести, но предохранить отъ грозящаго наступленія оскорбленія чести. Чести оскорбленнаго не былъ причиненъ вредъ нанесеннымъ уже оскорбленіемъ, но она была бы повреждена, если бы онъ допустилъ оскорбленіе безъ подобающей реакціи. Ту честь, которую слѣдуетъ оказывать кому-либо, измѣряютъ той честью, которую онъ самъ себѣ оказываетъ, его собственнымъ чувствомъ достоинства; его же чувство достоинства измѣряютъ степенью вызванной его нарушеніемъ потребности въ возмездіи, и эту потребность въ возмездіи, съ своей стороны, измѣряютъ цѣнностью положенной на ея удовлетвореніи ставки: кто рискуетъ лишь неудобствомъ судебнаго засѣданія, у того потребность въ возмездіи едва ли велика; лишь тотъ, кто изъ-за возмездія ставитъ на карту свою жизнь, обнаруживаетъ достойную уваженія силу потребности въ возмездіи и, слѣдовательно, и чувства достоинства. Пока господствуетъ воззрѣніе, что чувство достоинства должно измѣряться силой его потребности въ возмездіи, вызванной оскорбленіемъ, до тѣхъ поръ ни одно хотя бы и наилучше лучше обставленное уголовное производство объ оскорбленіи не можетъ уничтожить дуэли, и ни одно хотя бы и наилучше обставленное третейское разбирательство не можетъ устранить войны изъ-за чести между государствами,—и для противниковъ дуэли и войны остается открытой лишь трансцентендентная критика основаннаго на противоположномъ міровоззрѣніи исходнаго пункта, а не имманентная критика въ

своихъ предѣлахъ совершенно свободнаго отъ противорѣчій хода мысли.

Всемірное третейское разбирательство или спеціальные третейскіе договоры, третейскіе договоры sans phrase или съ оговоркой вопросовъ чести—въ такомъ одѣяніи возникаетъ въ настоящее время старый споръ о томъ, является ли война лишь временной, основанной на несовершенствѣ организаціи семьи государствъ, неизбѣжностью или, какъ Мольтке говоритъ, «элементомъ установленнаго Богомъ мірового порядка»; споръ, который съ своей стороны въ конечномъ счетѣ проистекаетъ отъ противоположности между индивидуалистическимъ и сверхъиндивидуалистическимъ воззрѣніями на государство.

Для индивидуалистической точки зрѣнія на государство только единичная личность представляетъ собой абсолютно цѣнную сущность; государство, или, какъ мы его можемъ назвать въ его отношеніи къ другимъ государствамъ, нація есть только соединеніе такихъ сущностей, ничѣмъ не отличающихся отъ человѣчества; развитіе, которымъ націи вошли бы въ человѣчество, является поэтому для индивидуалиста только аналогичнымъ продолженіемъ того развитія, которое ввело отдѣльную личность въ государство, нація для него—лишь стадія на пути къ человѣчеству. Для сверхъиндивидуалистической точки зрѣнія на государство абсолютно цѣнной сущностью является, напротивъ, только государство, отдѣльная личность есть только часть, человѣчество — только союзъ сущностей, и отношеніе отдѣльной личности къ государству, такимъ образомъ, совершенно другое, несравненно болѣе тѣсное, чѣмъ отношеніе государства, націи къ человѣчеству. Здѣсь, такимъ образомъ, проходитъ линія, которая не безъ перерыва связываетъ отдѣльное лицо съ государствомъ дальше въ направленіи къ человѣчеству. Для индивидуалистической точки зрѣнія Individuum 'омъ является отдѣльная личность, для органической точки зрѣнія—государство; для индивидуалиста, такимъ образомъ, народная общность, для представителя сверхъиндивидуалистическаго ученія только общность народовъ представляетъ собой ту среду, въ которой индивидуумъ входитъ въ связь съ другими индивидуумами. Но индивидуумъ, послѣдняя цѣнная сущность, которой должно служить все земное какъ своей цѣли, не можетъ безусловно быть поглощенъ связью съ другими индивидуумами, которая должна, вѣдь, только служить ему, а не властвовать надъ нимъ: онъ долженъ имѣть возможность въ случаѣ нужды собственными силами выступить противъ общежитія; поэтому индивидуализмъ часто признавалъ за отдѣльной личностью «право» на революцію противъ государства, и поэтому органическая точка зрѣнія на государство все же стремится въ предѣ-

лахъ семьи государствъ предоставить государству право войны. Были сдѣланы попытки подраздѣлить людей на такихъ, которые питаютъ чувство отвращенія къ войнѣ, но прославляютъ революціи, и такихъ, которые проклинаютъ революціи, но высоко ставятъ войны.

Такимъ образомъ, сверхъиндивидуалистическая, органическая точка зрѣнія на государство является точкой зрѣнія, которая торжествуетъ во время войны. Въ военное время, поэтому, государство становится для народной массы тѣмъ, чѣмъ оно является въ мирное время только для незначительнаго числа мыслящихъ: почти тѣлесной реальностью. Въ символахъ, которые создала война и которые всякая война сызнова одухотворяетъ смысломъ, въ гербахъ и знаменахъ проявляетъ теперь государство видимое существованіе: знамя, которое въ мирное время является ничѣмъ инымъ, какъ матеріей на шестѣ, теперь становится живымъ существомъ, за которое умираютъ. Поэзія, для которой, какъ всѣ абстракціи, и индивидуалистическое абстрактное государство мирнаго времени не существуетъ, находитъ для живой личности борющейся націи нѣжные и пламенныя имена и образы—и эти образы, подобно Израильскому національному Богу въ огненномъ столбѣ, любимые и вдохновляющіе, идутъ впереди борющихся къ смерти. Такимъ образомъ, становится понятнымъ, что сверхъиндивидуалистическая точка зрѣнія могла позволить себѣ недавно гиперболу: «Побѣдоносная война составляетъ соціальный идеалъ».

Но и индивидуализмъ можетъ, правда, съ другой стороны, привѣтствовать войну. Подобно тому, какъ съ сверхъиндивидуалистической точки зрѣнія лишь война дѣлаетъ государство, такъ съ индивидуалистической точки зрѣнія лишь война дѣлаетъ отдѣльнаго индивидуума полной личностью: безъ войны Ахиллъ всю свою жизнь прялъ бы среди дочерей Ликомеда. Никто не нашелъ для такого настроенія болѣе мощнаго выраженія, чѣмъ Фридрихъ Шиллеръ, въ духѣ народной пѣсни:

На полѣ, на волѣ ждетъ счастье меня—
И сердце подъ грудью я чую!
Мнѣ въ полѣ защитниковъ нѣтъ никого:
Одинъ я стою—за себя одного!

какъ и въ прекрасныхъ риѳмахъ хора:

Мужеству гробъ—беззаботный покой,
Только безсильнымъ законъ покровитель:
Бурной тревоги всегдашній смиритель,
Онъ все равняетъ своею рукой.
Но лишь въ борьбѣ проявляется сила,
Все возвышаетъ изъ праха война,
Доблесть и слабымъ даруетъ она.

Но эти стихи могутъ быть уже направлены не только противъ мира среди народовъ, но и противъ правового мира вообще, и такимъ образомъ передъ нами съ этой высоты въ концѣ еще разъ открывается взглядъ на правовой порядокъ во всей его широтѣ.

Мы можемъ разсматривать науку и правовой порядокъ, естественный законъ и норму, какъ величественное начинаніе, имѣющее своимъ назначеніемъ изгнать непредвидѣнное, случай съ лица земли. Но если бы имъ дѣйствительно удалось превратить жизнь въ одно предвидѣніе, развѣ имѣло бы еще смыслъ жить? Случай, непредвидѣнное и неожиданное, нечаянное и разочарованіе, сладкія муки ritardando и соблазнительная опасность accelerando именно и составляютъ ту обольстительную музыку, изъ-за которой мы любимъ жизнь: «Нечаянное— вотъ стариннѣйшая аристократія міра» (Ницше). Какой смыслъ былъ бы въ жизни, если бы мы перестали ждать «чудеснаго»? Человѣкъ, не вполнѣ поглощенный буднями жизни, будетъ всегда предпочитать счастье неувѣренности увѣренности въ «счастьи». Журавль въ небѣ лучше, чѣмъ синица въ руки! Хотя правовой порядокъ еще очень далекъ отъ того, чтобы стать господиномъ непредвидѣнности, все растущее число именно болѣе тонкихъ натуръ уже въ наше время страдаетъ подъ гнетомъ безцвѣтной правильности нашей гражданской жизни: сколько есть людей, надъ колыбелью которыхъ или же, по крайней мѣрѣ, при выборѣ ими профессіи нельзя было бы набросать уже схему надгробной рѣчи надъ ними? Смѣлая рѣшимость итти собственными силами навстрѣчу опасности, фаустовское стремленіе расширить свое «я» до мірового «я», романтическая радость неурегулированной пестроты и полноты существованія поднимаются, поэтому, внутренне противъ правилъ и порядка права и направляютъ сознательно или безсознательно къ эмоціональному анархизму.

Но къ этимъ настроеніямъ присоединяются этическія требованія. Чѣмъ больше удается праву построить загородокъ между человѣкомъ и человѣкомъ, тѣмъ болѣе исчезаютъ поводы испытать свои силы въ борьбѣ другъ съ другомъ. Масса людей умираетъ безъ того, чтобы, ставя свою жизнь въ опасность во имя долга, дать себѣ и другимъ доказательство своей этической цѣнности. Добродѣтель стала дешевой съ тѣхъ поръ, какъ право сдѣлало ее безопасной для жизни. Если мы раньше видѣли, что цѣль права заключается въ томъ, чтобы создать чувство долга, то теперь, очевидно, необходимымъ результатомъ права является то, что оно одновременно ставитъ все болѣе тѣсныя границы проявленію и доказательству этого чувства долга. Сознаніе долга возникаетъ лишь подъ охраной права и мира, но въ качествѣ

«матеріала для исполненія долга» (Фихте), въ качествѣ «точильнаго камня добродѣтели» (Кантъ), очевидно, анархія и война имѣютъ преимущество.

Для нѣкоторыхъ, и именно молодыхъ читателей этимъ самымъ какъ будто сказано послѣднее слово противъ права и за войну. Но хотѣлось бы дать имъ понять слѣдующее: правда, право ограничиваетъ въ одномъ направленіи тѣ задачи, въ которыхъ человѣкъ можетъ проявлять себя этически, и отъ болѣе суровыхъ формъ этическаго проявленія, отъ храбрости рукопашнаго боя съ обнаженнымъ оружіемъ отнимается все больше и больше областей примѣненія. Но подъ охраной права и мира для нравственности выростаютъ и новые обширные круги задачъ: регулировать сложное многообразіе утонченныхъ человѣческихъ отношеній сообразно своимъ требованіямъ. «Мужество на полѣ битвы составляетъ среди насъ общее достояніе, но вы нерѣдко увидите, что у весьма почтенныхъ людей не хватаетъ гражданскаго мужества», сказалъ уже Бисмаркъ. Такимъ образомъ нечего опасаться, что благодаря болѣе широкому развитію правового и мирнаго строя «человѣчество погрязнетъ въ матеріализмѣ» (Мольтке), что земной шаръ превратится «въ одинъ большой храмъ эгоизма» (Трейтчке): для заботы и долга примѣнимъ поистинѣ старый законъ о horror vacui, мѣсто, оставленное однимъ, немедленно занимается другимъ, и въ доброй своей части именно боязнь передъ болѣе тонкими и болѣе мучительными конфликтами культуры насъ заставляетъ опять тосковать по болѣе осязательнымъ конфликтамъ некультурныхъ временъ; Гордіевъ узелъ, который стараются развязать, долженъ разрубить мечъ.

Наука права.

Есть ли въ комъ сознанье права?
Сомнѣваюсь въ этомъ, право!
Свойственъ каждому свой взглядъ,
Всѣ иное говорятъ.
Такъ какая жъ мнѣ порука
Въ томъ, что право есть наука?

Такъ писалъ въ эпоху тридцатилѣтней войны Фридрихъ Логау (по воспоминаніямъ Лессинга), самъ бывшій юристомъ. Черезъ два столѣтія, въ 1847 году, берлинскій прокуроръ Кирхманъ, превосходный юристъ, философскій умъ и своей карой впослѣдствіи доказавшій свои прогрессивныя убѣжденія человѣкъ, произнесъ свою ставшую знаменитой рѣчь «о безцѣнности юриспруденціи какъ науки». Логау отказываетъ ученію о естественномъ, разумномъ, правильномъ, должномъ правѣ въ научномъ характерѣ, вслѣдствіе субъективности его покоющагося на міровоззрѣніи исходнаго пункта, а Кирхманъ оспариваетъ его у ученія о существующемъ, положительномъ правѣ, вслѣдствіе произвольности и измѣнчивости его объекта: «одинъ росчеркъ пера законодателя, и библіотеки превращаются въ макулатуру». И въ настоящее время сомнѣнія въ научныхъ достоинствахъ юриспруденціи, хоть и иначе обоснованныя, все же еще не замолкли. Накопляются изслѣдованія о юридическомъ методѣ. Подобно тому, какъ люди, которые мучаютъ себя самонаблюденіемъ, большей частью—больные люди, такъ и науки, которыя имѣютъ поводъ заниматься ученіемъ о своихъ собственныхъ методахъ, являются, обычно, больными науками; здоровый человѣкъ и здоровая наука, обычно, не много знаютъ о себѣ самихъ.

У юристовъ по отношенію къ закону являются слѣдующія три задачи: интерпретація, конструкція и система. Однако, мы должны различать два вида интерпретаціи, или толкованія. Съ одной стороны, филологическое толкованіе: оно стремится выдѣлить изъ произведенія духа ту мысль, которую его авторъ въ него вложилъ, оно есть продумываніе задуманнаго.

Имъ юристъ не можетъ пользоваться по отношенію къ закону, ибо авторомъ закона является не отдѣльный человѣкъ, а законъ представляетъ собою продуктъ совмѣстнаго дѣйствія многихъ людей: совѣта министерства, которое сочинило законопроектъ, уполномоченныхъ Союзнаго Совѣта и членовъ рейхстага, которые его обсуждали или даже лишь молчали и голосовали, которые участвовали въ его измѣненіи или даже только припяли его безъ измѣненій; всѣ эти многочисленные люди могли понимать подъ одними и тѣми же словами закона очень различное содержаніе. И если бы даже было доказано, что они имѣли въ виду одно содержаніе, то оно все-таки не было бы обязательно для интерпретатора юриста. Ибо для него закономъ является не коллективная воля авторовъ закона, уполномоченныхъ Союзнаго Совѣта и членовъ рейхстага, а воля государства, которая не совпадаетъ съ волей, которую какія-нибудь отдѣльныя лица хотѣли проявить въ законѣ, которая вообще не можетъ быть открыта гдѣ-нибудь за закономъ, а живетъ лишь въ самомъ законѣ. Поэтому, «матеріалы» закона, мотивы, которые прилагаются къ проекту авторомъ закона или Союзнымъ Совѣтомъ, протоколы засѣданій рейхстага или его комиссій не представляютъ собою рѣшающаго средства толкованія, а лишь необязательныя попытки толкованія. Говорящая только въ самомъ законѣ воля государства представляетъ для его авторовъ точно такую же чужую волю, какъ и для его позднѣйшихъ толкователей, и для своего убѣжденія въ томъ, что въ законѣ они выразили опредѣленное направленіе мысли, они не могутъ требовать безусловнаго преимущества передъ мнѣніемъ позднѣйшихъ толкователей, которые находятъ въ немъ выраженнымъ другое содержаніе. Одно лишь содержаніе закона имѣетъ рѣшающее значеніе.

Тѣмъ самымъ юридическое толкованіе вступаетъ въ рядъ другихъ способовъ толкованія, которые, подобно ему и въ противоположность къ филологической интерпретаціи, въ произведеніи духа ищутъ не историческаго факта, не дѣйствительно кѣмъ-либо продуманной мысли, а изслѣдуютъ покоющійся въ самомъ произведеніи духа смыслъ, независимо отъ того, былъ ли онъ кѣмъ-либо сознательно внесенъ въ законъ. Ибо въ томъ-то и заключается таинственная сила человѣческаго творчества, чтобы своимъ твореніямъ придавать болѣе глубокое значеніе, чѣмъ самъ творецъ это предчувствуетъ; и если мы феноменъ, который благодаря безсознательному естественному процессу сталъ носителемъ смысла—сталактитовую пещеру, которая представляетъ собою готическій храмъ, или пару скалъ, которая изображаетъ монаха и монашенку—называемъ игрой природы, то мы должны сказать, что всякое твореніе человѣка вмѣстѣ съ тѣмъ является въ значительной части и игрой природы. Такимъ образомъ, человѣческое дѣло создаетъ результаты, которые

выходятъ далеко за предѣлы сознательно преслѣдуемой имъ цѣли,—подъ названіемъ подмѣны цѣли мы уже встрѣчались съ этимъ фактомъ,—и точно также всякая мысль заключаетъ въ себѣ смыслы, которые превосходятъ сознаніе ея автора, и притомъ тѣмъ больше, чѣмъ больше онъ является художникомъ. Поэтому художественное произведеніе не исчерпывается филологической интерпретаціей, которая выясняетъ, чѣмъ оно было для его автора, а нуждается и въ другомъ видѣ толкованія, который выясняетъ его значеніе для насъ, и въ то время, какъ то филологическое значеніе представляетъ собою установленный навсегда историческій фактъ, этотъ сверхъисторическій смыслъ творится каждымъ новымъ поколѣніемъ воспринимающихъ искусство людей заново и иначе, чтобы лишь тогда застыть навсегда, когда художественное произведеніе умерло для живого художественнаго воспріятія и совершенно перешло въ исторію искусства; до тѣхъ поръ, пока солнце Гомера сіяетъ надъ нами, оно сіяетъ для каждой эпохи иначе. Но ту же двоякость видовъ интерпретаціи мы находимъ и въ теологіи и философіи: наряду съ филологической, литературно-исторической обработкой богословской исторіи догматовъ и исторіи философіи, которая біографически выясняетъ историческую преемственность дѣйствительно продуманныхъ идей великихъ теологовъ и философовъ, выступаетъ другая обработка, которая, не взирая на дѣйствительныя идеи и отношенія мыслителей, толкуетъ смыслъ системъ, конструируетъ между ними такую линію развитія идей, которая ихъ авторами, быть можетъ, совсѣмъ не такъ была пройдена, и создаетъ какъ бы собственное движеніе мысли. Въ этомъ же ряду, наконецъ, находится и юридическое толкованіе: волей законодателя, говорящей лишь въ законѣ государственной волей, которую оно стремится выяснить, является не воля автора закона, не мысль, которая когда-либо въ дѣйствительности была продумана, не законченный историческій фактъ; эта воля, наоборотъ, находится въ постоянномъ движеніи и на новыя правовыя потребности и новые правовые вопросы измѣнившихся во времени отношеній отвѣчаетъ новыми смыслами, которыхъ авторъ закона совершенно не могъ предвидѣть. Поэтому исторія правовой идеи не достигаетъ конца, когда она получила выраженіе въ законѣ; примыкающая къ ней исторія его различныхъ толкованій тоже не представляетъ собою лишь исторіи его непониманій, но въ равноправномъ множествѣ послѣдовательныхъ толкованій раскрывается та недоступная никакому предвидѣнію мыслителя плодотворность мысли, помощью которой каждая эпоха усвоиваетъ ее заново и иначе.

Но эта плодотворность имѣетъ свои границы: если бы законодательному кодексу желать приписывать, какъ это произошло въ теологіи по отношенію къ Священному Писанію, вопреки

человѣческой ограниченности его авторовъ, способность давать отвѣтъ на всякій мыслимый вопросъ,—то это значило бы придавать ему не только удивительную надсознательную плодотворность человѣческихъ твореній, но и совершенство божественнаго откровенія. И тамъ, гдѣ не помогаетъ интерпретація и «воля законодателя», тамъ выступаетъ въ качествѣ дополненія конструкція и «цѣль права». Ибо традиціонный юридическій методъ вслитъ намъ не разрѣшенный въ самомъ законѣ правовой вопросъ разрѣшать такъ, какъ это наиболѣе соотвѣтствовало бы цѣли закона. Но дополнительной работой къ этому служитъ конструкція. Конструкціей мы называемъ въ математикѣ, въ исторіи и также и въ юриспруденціи возсозданіе цѣлаго изъ его предварительно искусственно разложенныхъ частей, которое предназначено къ тому, чтобы представить намъ необходимую связь этихъ частей, ихъ взаимныхъ или общихъ зависимостей. Послѣ того, какъ интерпретація аналитически, слово за словомъ выяснила отдѣльныя нормы опредѣленнаго юридическаго института, конструкція должна ихъ синтетически понять и развить въ качествѣ необходимыхъ послѣдствій единаго принципа. Юридическая конструкція, «юриспруденція понятій», какъ раньше уже Іерингомъ*), такъ и въ настоящее время сдѣлана была отдѣльными послѣдователями движенія свободнаго права мишенью сильныхъ нападокъ; но эти нападки въ дѣйствительности направляются не противъ юридической конструкціи вообще, а противъ ложныхъ видовъ конструкціи, которые хотѣли выводить изъ «понятія», изъ «сущности» юридическаго института его правовыя нормы, напримѣръ, изъ обозначенія юридическаго лица въ качествѣ организма, человѣка въ большемъ масштабѣ—выводитъ его аналогичную людямъ способность совершать преступленія и подвергаться наказанію. Такія мнѣнія о сущности юридическаго института являются въ лучшемъ случаѣ образными олицетвореніями его цѣли; такъ мы выше раскрыли органическую точку зрѣнія на юридическое лицо, какъ простое образное выраженіе его мнимой сверхъиндивидуалистической цѣли. Такимъ образомъ, не сущность, а цѣль юридическаго института является объединяющимъ принципомъ, къ которому конструкція должна сводить его отдѣльныя правовыя нормы, и лишь онтологическая, а не телеологическая конструкція можетъ быть съ правомъ оспариваема. Работу, совершенную телеологической конструкціей для отдѣльнаго юридическаго института, продолжаетъ послѣ для всего правового строя система (которую не надо смѣшивать съ расположеніемъ матеріала въ учебникѣ, важнымъ лишь съ

*) R. v. Ihering. Scherz und Ernst in der Iurisprudenz. 10 Aufl. 1909.; ср. однако и его геніальныя мысли о юридическомъ методѣ въ „Geist der römischen Rechts“ II, 2.

педагогической точки зрѣнія). Является задача: выставленныя конструкціей цѣли отдѣльныхъ юридическихъ институтовъ понять и представить какъ средства къ все высшимъи высшимъ цѣлямъ и въ конечномъ счетѣ къ самой высшей цѣли всякаго права. Система права и представляетъ собою постиженіе и изложеніе матеріала законовъ въ видѣ единаго порядка средствъ и цѣлей.

Тотъ, кто готовъ за всякимъ стремленіемъ, которое направлено на раскрытіе объединяющей связи необходимыхъ обусловленностей, признавать названіе науки, все равно, идетъ ли рѣчь, какъ въ эмпирическихъ наукахъ—естественной и исторической наукѣ—объ обусловленности слѣдствій причинами или, какъ въ нормативныхъ наукахъ—логикѣ, этикѣ, эстетикѣ,—объ обусловленности средствъ цѣлями, долженъ будетъ признать и юриспруденцію наукой,—лишь бы только желательное ей единство телеологической системы было достижимо. Однако, въ дѣйствительности, стремленіе понять всѣ постановленія дѣйствующаго права, какъ необходимыя средства къ единой въ конечномъ счетѣ цѣли—безнадежно. Ибо, съ одной стороны, законодательство можетъ прибѣгать и къ негоднымъ для его цѣли средствамъ, а, съ другой стороны, имъ не всегда преслѣдуется одна и та же конечная цѣль: въ зависимости отъ того, держатъ ли руль законодательства въ своихъ рукахъ консервативныя или либеральныя группы, для нихъ являются опредѣляющими индивидуалистическія или сверхъиндивидуалистическія цѣли; а общимъ для разнообразныхъ, господствующихъ въ различныхъ частяхъ законодательнаго матеріала цѣлей является лишь то, что всѣ онѣ гоняются за фантомомъ единаго правильнаго права. Такимъ образомъ, невозможно продвинуться впередъ отъ постановленій дѣйствующаго права къ единой цѣли ихъ и потомъ, исходя изъ нея, обратиться къ рѣшенію не разрѣшенныхъ дѣйствующимъ правомъ юридическихъ вопросовъ; а судьѣ по отношенію къ дѣйствительно поставленному юридическому вопросу, какъ и теоретику права по отношенію къ представляемому возможнымъ вопросу, не остается ничего иного, какъ выносить рѣшеніе соотвѣтственно ихъ собственному взгляду на цѣль права. И, такимъ образомъ, неизбѣжно незаконченной кверху системѣ права, которая напрасно пытается подняться отъ отдѣльныхъ постановленій дѣйствующаго права къ единой цѣли, противостоитъ сверху другая система права, которая исходитъ изъ единой цѣли, которую ея авторъ приписываетъ праву, но которая неизбѣжно должна оставаться незаконченной книзу. Ибо, если тамъ, гдѣ воля положительнаго законодателя имѣетъ пробѣлы или вытекаетъ изъ того же пониманія цѣли, какъ и система, послѣдняя и можетъ дѣлать свои выводы, —то вытекающія изъ другого пониманія цѣли

положительныя правовыя нормы она принуждена оставлять безъ всякой возможности включить ихъ въ себя какъ выводы. Такимъ образомъ, лишь двѣ съ трудомъ другъ въ друга входящія фрагментарныя системы права, а не одна единая система права могутъ быть результатомъ науки права. Въ томъ-то и состоитъ ея неизмѣнное несчастье, что цѣль и методъ нормативной науки она принуждена связать съ объектомъ и исходнымъ пунктомъ эмпирической науки, что она должна выработать систему средствъ и цѣлей, но при этомъ не можетъ, какъ, напримѣръ, этика, исходя изъ данной цѣли, изслѣдовать съ научной свободой необходимыя для достиженія ея средства, а связана случайнымъ фактомъ дѣйствующаго закона.

Такъ въ двоякой задачѣ юриспруденціи: интерпретаціи, съ одной стороны, конструкціи и системѣ, съ другой, передъ нами раскрылось не выравнявшееся вполнѣ смѣшеніе теоретическо-эмпирической и практически-телеологической задачъ, которое составляетъ своеобразіе этой науки, сравнимое лишь съ вполнѣ аналогичной структурой евангелической теологіи; смѣшеніе, которое, давая основаніе для двоякой возможности—и болѣе эмпирическо-историческаго и болѣе телеологически-философскаго—метода ея обработки, опредѣлило постоянное качаніе ея исторіи отъ одной изъ этихъ крайностей къ другой; смѣшеніе, которое въ конечномъ счетѣ обусловливаетъ ея притягательную силу для отдѣльнаго человѣка и, такимъ образомъ, становится исходнымъ пунктомъ для того вопроса, съ которымъ, быть можетъ, молодой юристъ взялъ въ руки эту книжку: стоитъ ли мнѣ изучать юриспруденцію?

Лишь немногіе родители способны и желаютъ предоставить въ распоряженіе своихъ отправляющихся въ университетъ сыновей одинъ или два семестра только для одной цѣли: ориентироваться въ обширныхъ помѣстьяхъ науки и лишь согласно такимъ образомъ испытанной склонности выбрать себѣ дѣятельность для жизни. Обычно рѣшеніе должно быть принято уже до того, какъ молодой человѣкъ переступаетъ порогъ академической жизни. Поэтому задачей школы является дать ему основы сознательнаго выбора профессіи. Однако въ то время какъ начинающіе студенты другихъ факультетовъ,—филологъ, историкъ и теологъ, медикъ, химикъ и всѣ остальные въ настоящее время получаютъ уже въ школѣ представленіе объ ихъ будущей професіи, начинающему юристу тамъ ничего не дается изъ того, что бы могло его ознакомить съ его будущимъ полемъ дѣятельности; подобно жениху Порціи онъ выбираетъ незнакомое содержаніе запертаго ящичка. У общества, очевидно, совершенно исчезло сознаніе того, что и юридическая дѣятельность требуетъ специфическихъ склонностей и дарованій,

точно такъ же, какъ и всякая другая профессія. Даже больше, чѣмъ всякая другая профессія: чуждая народу своеобразность юридическаго мышленія составляетъ вѣдь общественный—хотя и вызывающій общее сожалѣніе—фактъ; а чувствующій себя какъ дома во всѣхъ наукахъ мыслитель, Вильгельмъ Вундтъ, опредѣлилъ однажды юриспруденцію, какъ «самую сложную изъ всѣхъ наукъ». Поэтому едва ли въ настоящее время существуютъ юристы, которые бы избрали свою профессію изъ врожденной склонности. Я хочу попытаться начертить немногими штрихами типы начинающаго юриста. Я полагаю, что возможно различать три такихъ типа.

Первый слишкомъ извѣстенъ и слишкомъ печаленъ, чтобы нужно и желательно было останавливаться на немъ долго. Поскольку его не манятъ лишь начальные семестры, которые юристъ будто бы можетъ не задумываясь провести съ виномъ, женщинами и пѣсней, а потомъ съ помощью натаскивателя безболѣзненно нагнать,—его лишенный интересовъ духъ привлекаетъ въ юридической профессіи самое большее лишь связанное съ этой профессіей общественное положеніе: dat Justinianus honores! Какой вредъ этотъ погрязшій въ сословныхъ предразсудкахъ типъ приноситъ нашей народной жизни, знаетъ всякій.

Второй типъ обнимаетъ собой молодыхъ людей съ преобладающимъ интеллектомъ при слабѣе выраженной духовной личности. Будучи одаренны хорошими способностями и не имѣя ясно выраженныхъ симпатій и антипатій, которыя заставляли бы ихъ запускать одну дисциплину изъ-за другой, они представляютъ собой въ школѣ успѣвающихъ одинаково во всѣхъ предметахъ примѣрныхъ учениковъ. Если воля родителей или отсутствіе собственнаго интереса къ другимъ областямъ приводитъ ихъ къ юриспруденціи, то ихъ холодная, не отклоняемая заинтересованностью по существу логическая натура приводитъ ихъ къ хорошимъ результатамъ, по крайней мѣрѣ постольку, поскольку задачи юриста, какъ это и бываетъ, въ настоящее время по большей части обладаютъ формальной, нетворческой природой. Изъ ихъ рядовъ поэтому въ настоящее время выходитъ, навѣрное, большая часть хорошихъ юристовъ, теоретиковъ какъ и практиковъ.

Къ третьему типу относятся люди съ глубокими и тонкими интересами, напримѣръ, съ философскими или художественными или съ соціальными и гуманитарными наклонностями; вслѣдствіе внѣшнихъ обстоятельствъ, напримѣръ, родительскихъ опасеній за неустойчивость профессіи журналиста, отсутствія средствъ для философской доцентуры, или изъ внутреннихъ соображеній, напримѣръ, вслѣдствіе отсутствующей художественной продуктивности при сильной воспріимчивости, они

лишены возможности создать себѣ профессію въ соотвѣтствіи съ занимающими ихъ интересами, и ищутъ спасенія въ юриспруденціи, какъ въ той наукѣ, которая въ интеллектуальномъ и интимномъ смыслѣ вѣроятно ихъ меньше всего займетъ и будетъ оставлять имъ время и силы для развитія своихъ наклонностей. Многіе изъ такихъ погибаютъ въ студенческой богемѣ, главный контингентъ которой они составляютъ, многіе все же еще находятъ доступъ къ своему врожденному призванію или суррогатъ этого въ профессіи журналиста, многіе отчаиваются и иногда потомъ, какъ разъ благодаря оплодотворенію ихъ юридической профессіональной дѣятельности другими, какъ-будто далеко въ сторонѣ лежащими склонностями, даютъ цѣнные и своеобразные научные результаты: но всѣ они принуждены сначала вытерпѣть душевныя муки изъ-за своей профессіи, подобныя которымъ знаетъ несомнѣнно лишь молодой теологъ, такъ какъ ихъ чуткая интеллектуальная совѣсть и ихъ ярко выраженное уваженіе къ наукѣ мѣшаютъ имъ такъ легко относиться къ юридической профессіи, какъ они вначалѣ хотѣли, и принуждаютъ ихъ каждый день обнимать пламеннѣе тотъ духъ, который они въ глубинѣ души должны ненавидѣть. Исторія литературы сохранила для насъ много такихъ свидѣтельствъ. Всякій знаетъ тотъ разговоръ Мефистофеля съ ученикомъ, въ которомъ Гёте даетъ выходъ своему негодованію противъ юриспруденціи:

> Къ юриспруденціи не чувствую влеченья.
> «Что жъ не во вредъ вамъ это отвращенье.»

И Шиллеръ посвятилъ въ школѣ два года юридическимъ занятіямъ, «къ которымъ онъ однако не питалъ ни малѣйшей охоты; эта жертва стоила ему много, и можно предполагать, что съ тѣхъ поръ началась его болѣзненность», разсказываетъ Христофина Шиллеръ. Онъ, такимъ образомъ, на своей собственной душѣ болѣзненно испыталъ проклятіе хлѣбной науки. которое онъ убѣдительно рисуетъ въ своей академической вступительной рѣчи, въ особенности имѣя въ виду юриспруденцію, Вакенродеръ, принуждаемый къ юридическимъ занятіямъ родительской волей, сильно жалуется въ своихъ письмахъ къ Тику, что «онъ принужденъ пускать въ ходъ холодный разумъ тамъ, гдѣ сталкиваются другъ съ другомъ сердца»: «я бы никогда не хотѣлъ быть ни судьей, ни великимъ юристомъ». Новалисъ сказалъ о себѣ: «Я совершенно неюридическій человѣкъ, безъ пониманія и потребности въ правѣ». То обстоятельство, что Гоффманъ ухитрился быть фантастомъ, членомъ богемы и въ то же время прусскимъ судьей, и притомъ, по свидѣтельству его товарища Гитцика, судьей совѣстливымъ и глубокомысленнымъ, какъ доказываетъ его безстрашная защита права въ

эпоху травли демагоговъ, судьей, проникнутымъ сознаніемъ достоинства своей должности, это обстоятельство, это берлинско-магическое двойственное существо составляло для него самого проблему, постоянно повторяющійся въ его поэзіи мотивъ его романической ироніи. Генрихъ Гейне вопреки своему «браку съ юриспруденціей по расчету» находитъ постоянно новыя выраженія гнѣва и насмѣшки противъ «этой самой нелиберальной науки», противъ «той отвратительной книги, которая можетъ быть названа библіей чорта, противъ свода римскаго гражданскаго права», и противъ Савиньи:

«...Слащавый, какъ конфектъ
Изящный трубадуръ Пандектъ».

А кто не знаетъ веселую жалобу Шеффеля:

Право римское, какъ вспомню
Я тебя,—кошмаръ на сердцѣ,
Словно жерновы въ желудкѣ,
Въ головѣ все дервенѣетъ.

Но никто не воспринималъ юридическихъ занятій мучительнѣе, чѣмъ Геббель: «Жалкая юриспруденція, которая мнѣ противна съ тѣхъ поръ, какъ я ее узналъ съ другой стороны, кромѣ практической...» «Если человѣкъ пріобрѣлъ извѣстный опытъ о высшемъ, то рабское погруженіе въ чисто позитивное, какъ этого требуетъ юриспруденція, убило бы его». Таковы тѣ примѣры, которые можно легко умножить*); ни одной другой наукѣ, несомнѣнно, не приходится слышать отъ своихъ питомцевъ столько проклятій!

На вопросъ, въ чемъ же коренится эта глубокая антипатія какъ разъ и художественно-настроенныхъ и интересующихся наукой людей противъ юриспруденціи, Теодоръ Штернбергъ—который первый поставилъ проблему характерологіи юриста—даетъ отвѣтъ**). Учено-теоретическій умъ сравниваетъ произвольность правового закона съ необходимостью естественнаго закона и чувствуетъ себя униженнымъ при занятіяхъ случайно-позитивныхъ; чего стоятъ наши творенія, восклицаетъ онъ вмѣстѣ съ Кирхманомъ, когда одинъ росчеркъ законодателя можетъ ихъ превратить въ макулатуру! Художественно-практическій человѣкъ сравниваетъ связанность юриста закономъ съ свободой творящаго художника или государственнаго дѣятеля и чувствуетъ себя порабощеннымъ насиліемъ формы, онъ

*) Ср. напр. послѣднее произведеніе Льва Толстого „О правѣ“, переписка съ юристомъ. 1909.

**) T. Sternberg. J. H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft. 1908, также и его «Einführung». 2 Aufl. 1912.

не можетъ вынести, чтобы между нимъ и его идеаломъ справедливости становился листъ бумаги, и вмѣстѣ съ Людвигомъ Кнапомъ произноситъ горькія слова: «скорлупа права составляетъ ядро юриспруденціи». Такимъ образомъ, для теоретическаго ума юриспруденція содержитъ слишкомъ мало, а для практическаго человѣка—слишкомъ много элементовъ необходимости и связанности, но оба одинаково страдаютъ отъ того, что юристу запрещено человѣческими постановленіями ставить свою дѣятельность въ связь съ безусловнымъ, абсолютнымъ.

Правда, движеніе свободнаго права учило насъ тому, что благодаря тысячамъ пробѣловъ въ правѣ юристъ можетъ и долженъ имѣть непосредственное общеніе съ справедливостью, и мы не упустили случая съ благодарностью оцѣнить это освобожденіе юриста отъ исключительной службы позитивному и радостно привѣтствовать новый типъ соціальнаго юриста. Но такъ же мало мы можемъ скрывать и то, что движеніе свободнаго права хочетъ подчеркнуть лишь до сихъ поръ запущенную сторону юридической профессіи, которую оно само не можетъ признать важнѣйшей. Проявлять справедливость составляетъ призваніе юриста лишь постольку, поскольку право буквально или молчаливо отсылаетъ къ ней. Поэтому онъ можетъ служить справедливости лишь потому, что право уполномачиваетъ его на это, и, обратно, онъ обязанъ повиноваться праву и тогда, когда это противорѣчитъ справедливости. Справедливость, правда, составляетъ цѣль права, но эта цѣль умираетъ съ той минуты, какъ она дала жизнь праву, и право продолжаетъ жить, какъ бы оно ни было непохоже на своего создателя. Цѣль составляетъ основаніе созданія, а не существованія права; послѣднее, наоборотъ, становится, подобно гомункулу Вагнера, самостоятельнымъ вмѣстѣ съ своимъ рожденіемъ, идетъ своимъ собственнымъ путемъ и само дѣлается цѣлью, самоцѣлью. Мы, такимъ образомъ, въ области права требуемъ того, на что жалуемся во всѣхъ другихъ областяхъ жизни, какъ на печальное явленіе, сопутствующее спеціализаціи труда: чтобы средство къ цѣли стало самостоятельнымъ. Форма должна была служить дѣлу — теперь дѣло должно уступать формѣ; движеніе свободнаго права, правда, научаетъ возможно больше отвоевывать у формы для дѣла, однако оно въ состояніи лишить ее ея собственнаго значенія. Юристъ есть служитель формы, а не сущности—справедливости. Горячую любовь къ справедливости мы себѣ рисуемъ воплощенной не столько въ мудромъ судьѣ, сколько въ благородномъ преступникѣ, который поднимается противъ юристовъ и ихъ права, въ какомъ-нибудь Михаилѣ Кольгаасѣ или Карлѣ Моорѣ. Въ юриспруденціи для геніальныхъ личностей съ гордымъ чувствомъ справедливости нѣтъ мѣста. Ибо справедли-

вость и личность—нераздѣлимы, а исключеніе по возможности всего личнаго составляетъ сущность юриспруденціи. Савиньи считаетъ заслугой римскихъ юристовъ то, что въ ихъ сочиненіяхъ «проявляется меньше индивидуальности, чѣмъ въ какой-нибудь другой литературѣ», что они были «личностями-функціями», а наша судебная организація сознательно построена такъ, чтобы въ правосудіи дать выраженіе воли лишь «личности-функціи» средняго человѣка. Учрежденіе коллегіальнаго суда имѣетъ какъ разъ свое основаніе въ безличности его рѣшеній. Безлично, съ одной стороны, ихъ происхожденіе: въ то время какъ рѣшеніе единоличнаго судьи пользуется лишь тѣмъ авторитетомъ, который ему способна придать его личность, въ анонимномъ большинствѣ коллегіальнаго суда судья исчезаетъ за судомъ, и рѣшеніе обладаетъ всегда, независимо отъ случайныхъ личностей участвующихъ чиновниковъ, тѣмъ авторитетомъ, который ему придаютъ ихъ должности. А съ другой стороны, безлично ихъ содержаніе: то, что обычно ставится въ упрекъ большинству—что въ немъ получаетъ свое выраженіе не сумма, а лишь средняя степень участвующихъ психическихъ энергій—это подавленіе индивидуальнаго своеобразія золотой посредственностью какъ разъ считаютъ достоинствомъ коллегіальнаго суда.

Такимъ образомъ, эмоціональное отношеніе юриста къ праву не можетъ быть пріобрѣтено обходнымъ путемъ черезъ справедливость, которая по большей части будетъ присуща его содержанію, но часто будетъ и отсутствовать въ немъ. Оно вообще можетъ основываться не на измѣнчивомъ содержаніи, а лишь на фактѣ существованія правового строя. Съ каждой оцѣнкой, съ каждымъ долженствованіемъ связанъ захватывающій паѳосъ, въ немъ чувствуется смѣлость человѣческаго духа, который предпринимаетъ невозможную попытку основать для себя собственное, свободно поднимающееся надъ причинностью фактическаго царство, и притомъ тѣмъ выше, чѣмъ безпощаднѣе онъ при этомъ оставляетъ въ сторонѣ человѣческія нужды. Правда: этотъ паѳосъ, который проистекаетъ изъ неумолимости права ко всѣмъ требованіямъ человѣчности, даже и къ справедливости, этотъ холодный паѳосъ безжалостности, абсолютности и безцѣльности принципа «fiat justitia, pereat mundus», не могъ стать жизненнымъ элементомъ. Однако мы уже и раньше видѣли, что даже несправедливое право—не безцѣльно, что право и безъ отношенія къ его справедливости—уже однимъ фактомъ своего существованія—выполняетъ цѣль: цѣль устойчивости права. Эту цѣль долженъ обнять чувствомъ тотъ, кто хочетъ примириться съ юриспруденціей.

Устойчивость права требуетъ двоякаго: чтобы постановленія права примѣнялись ко всѣмъ и вмѣстѣ съ тѣмъ только къ тѣмъ

случаямъ, для которыхъ они дѣйствуютъ; устойчивости права, съ одной стороны, и устойчивости положенія гражданъ передъ правомъ, съ другой стороны; съ одной стороны—порядка, съ другой—свободы. Такимъ образомъ, не столько чувство справедливости, сколько чувство свободы или порядка есть то чувство, которое можетъ сблизить внутренне съ юстиціей, и соотвѣтственно этому ясно намѣчаются два типа юристовъ, въ которыхъ мы, быть можетъ, опять можемъ усмотрѣть воплощеніе противоположности, которая лежитъ въ основѣ настоящей книги: противоположность индивидуалистическихъ и сверхъиндивидуалистическихъ воззрѣній на право. У насъ юристъ изъ чувства порядка несомнѣнно представляетъ собою болѣе распространенный типъ*); онъ соотвѣтствуетъ одной нашей чертѣ характера, которой мы обязаны (это не нуждается въ объясненіяхъ) величіемъ, но которая, однако, временами переходитъ въ опасное для культуры преувеличеніе и въ своемъ теперешнемъ преувеличенномъ видѣ бросается въ глаза каждому, кто могъ наблюдать нѣмецкихъ путешественниковъ заграницей, въ особенности тѣхъ людей, которые посѣщаютъ страну «наполовину—дряни, наполовину—боговъ», (какъ выразился однажды въ шутку Яковъ Буркгардъ), кажется, лишь для того, чтобы констатировать правильность первой части этого опредѣленія и недостатокъ въ ней «нѣмецкой дисциплины», и константировать это съ тѣмъ громогласнымъ самопревознесеніемъ, которое не придаетъ славы нѣмецкому имени у нашихъ союзниковъ.

Созданіе противовѣса этой склонности къ регламентаціи и раціонализаціи составляетъ историческую задачу юриста изъ чувства свободы, начиная отъ низшаго судьи, который отмѣчаетъ излишнія вмѣшательства полицейской распорядительной власти, какъ таковыя, вплоть до защитника, который защищаетъ искусство отъ грязныхъ соглядатаевъ. Эти юристы являются передовыми постами правового государства противъ нашей врожденной склонности къ полицейскому государству. Но правовое государство является для насъ не только политическимъ, но и культурнымъ понятіемъ. Оно означаетъ охрану свободы противъ порядка, жизни—противъ разума, случая—противъ правила, полноты—противъ схемы, короче говоря того, что составляетъ цѣль и цѣнность, противъ того, что лишь цѣлесообразно и лишь постольку и цѣнно.

Ничто не въ состояніи лучше сблизить молодого юриста душой съ его наукой, чѣмъ чтеніе біографій великихъ юристовъ—въ нынѣшнемъ академическомъ планѣ преподаванія слишкомъ

---

*) Мастерское изображеніе такого юриста изъ чувства порядка (Antonio Salvotti) см. Ricarda Huch, Das Risorgimento 1908.

мало исчерпанный источникъ образующей характеръ профессіональной этики*). Поэтому пусть эти разсужденія будутъ закончены словами, которыя Ансельмъ Фейербахъ направилъ къ своему попавшему въ профессіональныя муки сыну и которыя для многихъ начинающихъ юристовъ противъ воли могли бы стать утѣшеніемъ: «Юриспруденція съ самой ранней моей молодости была мнѣ не по душѣ, и еще теперь я ею, какъ наукой, не увлеченъ. На исторію и, въ особенности, на философію направлялась исключительно моя любовь; все мое первое время пребыванія въ университетѣ было посвящено только этимъ любимицамъ, я не думалъ ни о чемъ, кромѣ нихъ, я думалъ, что не сумѣю жить безъ нихъ. Я уже получилъ степень доктора философіи, чтобы выступить въ качествѣ учителя философіи. И вдругъ! я познакомился съ твоею матерью. Необходимо было избрать профессію, которая скорѣе бы, чѣмъ философія, принесла должность и доходъ. Тогда я съ быстрой, но твердой рѣшимостью отвернулся отъ моей любимой философіи къ отталкивающей юриспруденціи; она мнѣ скоро стала менѣе непріятной, потому что я заранѣе зналъ, что я долженъ ее полюбить; и такимъ образомъ моей неутомимости, моей вдохновляемой простымъ чувствомъ долга энергіи—при сравнительно ограниченномъ талантѣ,—удалось добиться того, что уже черезъ два года я могъ вступить на каѳедру, обогатить мою науку, выбранную изъ необходимости и нужды, сочиненіями и такимъ образомъ занять такое положеніе, пользуясь которымъ я быстро пріобрѣлъ славу и внѣшнее счатье, а отъ современниковъ получилъ громкое свидѣтельство о томъ, что моя жизнь была полезна человѣчеству».

Это составляетъ старое, въ этомъ случаѣ опять подтвердившееся наблюденіе, что каждая профессія постепенно создаетъ ту склонность и ту годность, которыхъ она требуетъ, въ томъ, въ комъ она ихъ не находитъ; что вмѣстѣ съ должностью является и разумъ. Разсмотримъ еще въ заключеніе юридическій разумъ, ту печать, которую наука права накладываетъ на своего служителя.

Она годится на то, чтобы дать его интеллекту, быть можетъ, лучшую подготовку въ техникѣ научнаго мышленія,—всякій, кто отъ нея переходитъ къ другой наукѣ, съ благодарностью

*) Ср. Stintzing-Landsberg. Geschichte der Deutschen Rechtswissenschajt, insbensondere das 19. Jahrhundert (von E. Landsberg, Abt. III. Halband 2, 1910). Macdonell and Mauson, Great Jurist of the World, London. 1913. Лейпцигскій студентъ кромѣ того охотно просмотритъ книгу E. Friedberg. Die Leipzigen Juristenfakultät (Jubiläumsfestschrift) 1909 и Festnummer der Deutschen Juristenzeitung (Jahr, 1909· Nr. 15, 16); Берлинскій—O. Liebmann. Die Juristische Fakultät der Universität Berlin. 1910 (также и Deutsche Juristenzeitung. 1910. Nr. 20); Гейдельбергскій.—произведеніе Гейдельбергскихъ профессоровъ XIX вѣка (Jubiläumsfestschrift) 1903.

вспомнить ея школу. Съ тѣхъ поръ, какъ развивавшееся схоластикой искусство спорить больше уже не составляетъ особой составной части научнаго образованія, его нигдѣ нельзя лучше изучить, чѣмъ въ юриспруденціи. Юристъ привыкаетъ мыслить всякій научный вопросъ въ видѣ процесса, разлагать его рѣзко на утвержденіе, возраженіе, контрвозраженіе двухъ сторонъ и такимъ образомъ сводить его къ нѣсколькимъ ясно формулированнымъ спорнымъ пунктамъ. Благодаря этому онъ становится прирожденнымъ дискуссіонистомъ; въ общеизвѣстной поговоркѣ, что юристъ все знаетъ, въ дѣйствительности заключается правда постольку, поскольку онъ болѣе чѣмъ, представитель какой-нибудь другой профессіи, умѣлъ бы участвовать въ дискуссіи по поводу всякаго предмета, какъ бы далеко онъ ни лежалъ отъ его интересовъ, ибо никто такъ виртуозно не умѣетъ владѣть тѣми формами, въ которыхъ одинаково движется мышленіе во всѣхъ областяхъ знанія. Но всякая техническая виртуозность становится опасной, когда она не сопровождается соотвѣтствующей степенью заинтересованности по существу. Удовольствіе отъ элегантнаго развитія спора весьма легко губитъ интересъ къ его результату; единственнымъ убѣжденіемъ остается то, что все можетъ быть оспариваемо, и вмѣстѣ съ способностью все обнимать формами интеллекта, идетъ рука объ руку неспособность закрѣпить что-нибудь чувствомъ правды, всесторонній скепсисъ, который самъ себѣ кажется даже не недостаткомъ, а превосходствомъ. Но точно также юридическій способъ мышленія способенъ привести къ противоположному недостатку слишкомъ поспѣшнаго увѣрованія. Судья знакомъ лишь съ ассерторическими рѣшеніями, осужденіями или оправданіями, а не съ проблематическими рѣшеніями, не съ non liquet, и юристъ также имѣетъ обыкновеніе, когда онъ сходится съ представителями другихъ наукъ, приводить споръ къ авторитетамъ и настаивать на рѣшеніяхъ, не откладывая—эксперты психіатры могутъ объ этомъ разсказать—и, когда онъ самъ творчески вступаетъ въ чужія области знанія, напр., въ исторію — то стремится къ созданію системъ безъ пробѣловъ въ предѣлахъ полныхъ пробѣловъ познаній. И, наконецъ, выработавшаяся на примѣрѣ процессуальныхъ утвержденій сторонъ антитетика юридическаго образа мышленія заключаетъ въ себѣ опасность, что постепенно и на стоящую внѣ профессіи область жизни распространится интеллектуализмъ, для котораго незамѣтные переходы міра чувствъ и ощущеній вездѣ разлагаются на раздѣльные ряды понятій и который знаетъ лишь идентичности или антитезы, а не неисчерпаемую полноту нюансовъ, сферу «и да и нѣтъ», «и такъ и этакъ», сферу приблизительнаго, которая находится по ту или сю сторону ловко сходящихся антитезъ и составляетъ настоящую сферу всего живого и красиваго.

Съ юристомъ можетъ случиться, что онъ въ одинъ прекрасный день узнаетъ о томъ, что онъ богатую игру красокъ міра отдалъ за бѣдное число семи основныхъ красокъ.

Здѣсь какъ-будто повторяется, только въ обратномъ смыслѣ, исторія о человѣкѣ, кто собрался проклинать и, вмѣсто проклятій, только благословилъ. Но кто можетъ отрицать, что юридическая профессія создаетъ въ своемъ носителѣ и другія, болѣе цѣнныя качества? Каждому человѣку, навѣрное, хоть разъ встрѣчался старый судья съ его понимающимъ и спокойно взирающимъ на все человѣческое взглядомъ, строгій въ своихъ принципахъ и все же безшумно проявляющій мягкость, безпартійный къ борющимся убѣжденіямъ и все же въ своей непоколебимой честности не лишенный и своихъ убѣжденій. Но всякому знакома и его противоположность, любезный судья, съ ироніей относящійся къ самому себѣ, съ надломленнымъ самосознаніемъ, у котораго не хватаетъ крѣпкой основы довольства своей профессіей, на которую онъ бы могъ опираться! Существуютъ профессіи, которыя всегда являются неудачными профессіями,—къ нимъ юриспруденція несомнѣнно не принадлежитъ, она лишь особенно часто является неудачной профессіей. Неудачная же профессія составляетъ величайшій грѣхъ, подлинный грѣхъ противъ святого духа— противъ собственнаго гибнущаго, искажаемаго и разрушаемаго духа.

Указатель.

Абсолютистское государство .. 26
Австрійскій гражданскій процессъ 86
Адвокатура, свободная 78
Адикесъ 72
Административныя учрежденія 114
Административная юстиція ... 93
Аналогія, въ уголовномъ правѣ 61, 68
Анархизмъ 11, 16, 36, 111
Англія 24, 72, 88, 93, 114
Argumentum a contrario 68
Аугсбургское исповѣданіе 100
Баварское уголовное уложеніе 23
Баварскій церковный эдиктъ . 110
Беккеръ, Э. И. 44
Бисмаркъ 30, 120
Божественное происхожденіе власти 11
Бонифацій VIII 98
Борьба за право 83
Бракъ 46
Бремя доказательствъ 84
Бремя утвержденія 84
Ватиканскій соборъ 102
Вещное право 49
Вещныя права 42
Виды законовъ 1
Викторъ Эммануилъ 34, 115
Военные суды 76
Возмѣщенія убытковъ, обязанность 45
Война 117
Всемірный третейскій договоръ 114
Вундтъ 127
Высшій церковный совѣтъ 105
Гарантіи судейской независимости 65, 74, 94
Гарденбергъ 95
Гарибальди 13, 34
Геббель 129
Гегель 52, 81
Гейне 129
Гёте 23, 128
Гирке 44
Городовое положеніе 1808 года 95
Государь, какъ органъ въ государствѣ 26
Гофманъ, Е. Т. А. 128
Гражданское уложеніе 43
Границы государственной дѣятельности 27
Гросъ Гансъ 87
Гроцій 113
Губеръ Евгеній 43, 70
Гумбольдъ 27
Гухъ Рикарда 33, 132
Движеніе свободнаго права 70, 130
Декларація правъ человѣка и гражданина 27, 40, 61
Демократія 11, 30, 97
Детерминизмъ 53
Диспозитивный принципъ 81
Договоръ, какъ образъ государства 9, 60
Договоры международные 110
Дуэль 116
Дѣйствіе правовыхъ законовъ 2, 6, 15
Еллинекъ 3, 30
Епископальная система 102
Естественное право 13, 19, 22, 41, 48, 104
Естественные законы 1, 13, 119, 129
Законодательство, понятіе 90
Законъ о ложныхъ ученіяхъ .. 100
Законныя нормы закона 20
Зомъ 44
Имперскіе основные законы .. 30
Индетерминизмъ 53
Индивидуалистическая и сверхъиндивидуалистическая точка зрѣнія на право (развитіе

права) — 8, (государственная организація)—26, (римское и нѣмецкое право)—38, (юридическое лицо)—42, (семья)—45, (бракъ)—46, (наказаніе)—51, (судьи и адвокаты)—77, (самоуправленіе)—95, (протестантизмъ и католицизмъ)—99, (война)—117, 99, (типы юристовъ) 132.
Инквизиціонный процессъ .. 82, 88
Интерпретація 68, 121, 126
Истина, формальная и матеріальная 84
Историческая школа права . 21, 73
Италія 29, 33, 38, 115
Іерингъ ... 6, 20, 40, 70, 83, 124
Jus gentium 49, 73
Кабинетная юстиція 64
Кавуръ 34, 107
Кальвинъ 105
Кантъ 3, 8, 23, 52, 54, 59, 64, 120
Канторовичъ 70
Каролина 18, 51, 81, 86
Католицизмъ 12, 99
Келлеръ 80
Кирхманъ 121, 129
Клейнъ Францъ 86
Кнаппъ 16, 130
Книги права 18
Code civil 68
Колеръ 80
Коллегіальный судъ 72, 131
Коллизія нормъ 98
Конкордатъ 109
Консерватизмъ 10
Консервативная точка зрѣнія на право см. Сверхъиндивидуалистическая точка зрѣнія на право
Консисторіальный строй 105
Конституціонная идея 26
Конструкція 121, 124
Культура 6
Культурное государство 27
Купеческіе суды 76
Лабандъ 31
Ландсбергъ 133
Ласкъ 8
Лассаль 13
Либерализмъ 11, 44, 78, 96
Либеральная точка зрѣнія на право см. Индивидуалистическая точка зрѣнія на право.
Листъ 58, 61
Личныя права 42
Лица, естественныя и юридическія 41
Логау 121
Ломброзо 56
Людовикъ XIV 26
Лютеръ 99, 103
Мадзини 34
Майеръ О. 92
Матеріалы закона 122
Международное право, его правовой характеръ 110
Менгеръ А. 44, 85
Меркель 53
Мирныя конференціи 113
Мольтке 117, 120
Монархическій принципъ 28
Монтескье 26, 30, 63, 66, 90
Мышленіе, юридическое 134
Народное представительство 24, 26, 28, 95
Наука права 121
Національная честь 116
Независимость судьи 64
Незамѣнимость въ коллегіальномъ судѣ 66
Непосредственность въ процессѣ 88
Ницше 9, 55, 88, 119
Новалисъ 128
Нормы 1, 6, 52, 98, 119
Нравственность 1, 15, 54, 98, 120
Обвинительный принципъ 82
Обвиняемый, какъ сторона . 83, 88
Образованіе, юридическое 71
Общедоступная консультація . 78
Обязательственное право 42
Организмъ, какъ образъ государства 9, 96
Органическая точка зрѣнія на право см. Сверхъиндивидуалистическая точка зрѣнія.
Основныя права 27
Особенные суды 77
Отдѣленіе суда отъ управленія 63
Отдѣленіе государства отъ церкви 106
Отечественная власть 47
Оцѣнка доказательствъ, свободная 87
Папа въ международномъ правѣ 109
Папская система 102
Парламентарный режимъ 29
Партіи политическія 10, 77
Партія центра 12
Патріархальность 48
Паули 79
Печать, процессы о ней 66

Placet 107
Подмѣна цѣли 63, 75, 123
Полицейское государство 11, 27, 48, 86, 92, 95, 104, 132
Помилованіе 64
Правильное право 21, 121
Право, общее и партикулярное 43
» объективное и субъективное 40
» публичное и частное 36, 39, 91
» римское и нѣмецкое ... 38
» вещное и обязательственное право 42
Право на свободу 27, 29
Правовое государство . 27, 93, 97
Право требованія 42
Правосудіе 90
Пресвитеріанскій строй 105
Преступники подъ вліяніемъ момента 56
Преступники по состоянію 56
Преступники по убѣжденію ... 60
Прецеденты, культъ ихъ ... 65, 73
Привычный преступникъ 56
Принужденіе, какъ признакъ права 5
Принципъ легальности 62
Принципъ оффиціальности 81
Принципъ причинности 45
Принципъ виновности 45
Промышленные суды 76
Протестантизмъ 12, 99
Прусское всеобщее земское право 17, 106
Психологія свидѣтельскихъ показаній 87
Публичность въ процессѣ 89
Публичное право 36, 91
Пытка 87
Равенство 44, 77
Раздѣленіе властей, ученіе о немъ 26, 63, 90, 92, 94
Разсылка актовъ 88
Распоряженія 91
Рейхстагъ 24, 33, 111
Реформа правосудія 71
Реформированная церковь 105
Рецепція римскаго права 38
Римское право 37, 43, 49, 73
Руссо 9, 30, 39
Савиньи 20, 23, 131
Самостоятельное правленіе 95, 105
Сверхъиндивидуалистическая точка зрѣнія на право см. Индивидуалистическая точка зрѣнія на право.
Свобода воли 52
Свобода завѣщаній 44
Свобода договоровъ 44
Свобода собственности 40, 44
Свободная церковность 107
Семейное право 45
Синоды 105
Система 121, 124
Слѣдственный процессъ 82, 88
Случайный преступникъ 56
Смертная казнь 61
Соборъ 102
Сословное государство 24, 36, 91, 95
Соціализмъ 11, 35, 44, 45
Союзный Совѣтъ 32
Союзное государство 30
Союзъ 41, 104
Страхованіе рабочихъ 97
Субъектъ права 40
Субъективное право, субъективныя публичныя права ... 40, 92
Субсидіарный характеръ римскаго права 43
Суды 63
Судья 15, 63, 66, 77, 135
Судъ съ участіемъ народнаго элемента 74
Судъ присяжныхъ 74
Судъ шеффеновъ 74, 76
Судейское правотворчество 72
Судейскіе союзы 65
Summus episcopus, князь въ качествѣ такового 104
Суперинтенденты 105
Теорія двухъ мечей 98
Теорія возмездія 51
Теорія доказательствъ, законная 86
Теорія координаціи 99
Теорія обороны 51
Техника закона, основное правило ея 48
Толкованіе 68, 121
Толстой 129
Торговое право 49, 114
Третейскіе договоры 114
Третейскій судъ, постоянный . 114
Unam sanctam, булла 98
Фейербахъ 23, 50, 133
Фискъ 36, 93
Фихте 10, 120
Франсъ Анатоль 87
Фридрихъ Великій 26, 64, 78, 86, 87
Фридрихъ Вильгельмъ I. 9, 25, 78
Фуксъ 70
Царь 24, 32, 111
Церковная администрація 105

Церковное верховенство 105
Церковное управленіе, княжеское 104
Частное право 36
Честь національная 116
Швейцарское гражданское уложеніе 43, 70
Шиллеръ 128
Шталь 10, 52
Штаммлеръ 21
Штейнъ 95
Штернбергъ 70, 129
Эльзасъ-Лотарингія 32
Эрлихъ 70
Этическій minimum 3
Юридическія консультаціи ... 78
Юридическія лица 41, 129
Языкъ закона 17

С.С.С.Р.
ИНСТИТУТ
К. Маркса и Ф. Энгельса
Ц. И. К.

Вышли изъ печати изданія К-ва „ТРУДЪ“.

Шарль ЖИДЪ. Исторія экономическихъ ученій. Авториз. переводъ В. Сережникова съ пред. и подъ ред. прив.-доц. В. Ѳ. Тотоміанца. Ц. 3 р.

ДЖ. ХОЛІОКЪ. Исторія Рочдэльскихъ піонеровъ. Переводъ съ англійскаго С. Цедербаума подъ ред. прив.-доц. В. Тотоміанца. Ц. 1 р. 50.

Ж. МЕЛИНЪ. Назадъ къ землѣ. Переводъ съ франц. А. Таль подъ ред. и съ пред. прив.-доц. В. Тотоміанца. Ц. 1 р. 25 к.

Проф. Р. ВИЛЬБРАНДЪ. Значеніе потребительныхъ обществъ. Переводъ подъ ред. прив.-доц. В. Тотоміанца. Ц. 20 к.

Проф. Э. МИЛЬО. Общественная экономія. (Наука о публичномъ хозяйствѣ). Переводъ съ франц. В. Попова подъ ред. и съ пред. М. Д. Загряцкова. Ц. 20 к.

А. В. ГУРЕВИЧЪ. Философскія изслѣдованія и очерки. Посмертное изданіе съ портретомъ автора подъ редакціей и съ предисловіемъ С. Л. Франка. Ц. 2 р. 50 к.

ЖИТОМІРСКІЙ. Молохъ двадцатаго вѣка (Правописаніе). Ц. 1 р.

ЕГО ЖЕ. Какъ же учить читать. Ц. 50 к.

Въ скоромъ времени выйдутъ изъ печати:

ВЕББЪ, Е. Великіе люди. Переводъ съ англійскаго (Біографіи Р. Оуэна, Коббета, Фрей, Э. В. Нила, Кобдена, Холіока, Кингсли, Юза, Рескина и Морриса) съ иллюстраціями.

Ш. ЛАЛО. Введеніе въ эстетику. Автор. пер. съ франц. С. Гельфгата; подъ редакц. и съ пред. прив.-доц. Н. В. Самсонова. Ц. 1 р. 50 к.

СКЛАДЪ ИЗДАНІЯ
Книжный магазинъ „ТРУДЪ“.
Москва, Тверская, 59.

Книжный магазинъ и складъ т.|д. „ТРУДЪ“

С. СКИРМУНТА.

МОСКВА, Тверская, 59. Телефонъ 34-54.

Исполняетъ заказы всѣхъ **учебныхъ заведеній, земствъ, городскихъ и общественныхъ библіотекъ.**

Высылаетъ по заказу наложеннымъ платежомъ всѣ книги, публикуемыя въ газетахъ, журналахъ и каталогахъ книжныхъ магазиновъ и книгоиздательствъ.

Исполняетъ заказы на учебники всѣхъ учебныхъ заведеній, а также беретъ на себя исполненіе сборныхъ заказовъ и высылку новостей провинціальнымъ книгопродавцамъ.

Принимаетъ подписку на всѣ русскія и заграничныя періодическія изданія, при условіи взноса подписной платы не менѣе, чѣмъ за полгода.

Въ Москвѣ заказы принимаются по **телефону № 34-54.** По желанію заказчиковъ книги доставляются на домъ безъ особой доплаты.

Магазинъ готовитъ къ печати каталогъ, расчлененный на выпуски по отдѣльнымъ отраслямъ знанія: 1) философскій, 2) богословскій, 3) общественно-экономическій, 4) филологическій, 5) физико-математическій, 6) изящныхъ искусствъ, 7) литературный, 8) историко-географическій, 9) прикладныхъ знаній.

Вышелъ изъ печати выпускъ первый:

«Книги по философіи» (логика, теорія познанія, психологія, метафизика, этика и эстетика). Ц. 20 коп. Высылается за три семикопѣечныя марки.

МОСКВА.— 1915.
Тип. и цинк. Т./Д. „МЫСЛЬ“ Н. П. Меснянкинъ и К°. Петровка, 17.